# Die Lehre

# von der Litisdenuntiation.

# Beiträge

zum

# Civilproceß.

Von

**Dr. Carl Fuchs,**
Privatdocent zu Marburg.

Erstes Heft.

Marburg.
Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1855.

# Die Lehre

von der

# Litisdenuntiation.

Von

**Dr. Carl Fuchs,**
Privatdocent zu Marburg.

Marburg.
Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1855.

Herrn

# Karl Adolph von Vangerow,

**seinem verehrten Lehrer,**

gewidmet

vom

**Verfasser.**

# Vorwort.

Zum Gegenstande dieser Beiträge zum Civilproceß, wovon ich hier das erste Heft dem juristischen Publikum übergebe, erschien es mir geeignet, solche Materien zu bestimmen, welche nicht bloß ein theoretisches Interesse darbieten, sondern auch von unmittelbar praktischer Bedeutung sind.

Daß die Lehre von der Litisdenuntiation zu diesen Materien zu zählen sei, bedarf für Diejenigen keiner besonderen Begründung, welche den Civilproceß nicht bloß aus Büchern kennen, sondern auch praktisch üben. Sie werden die von mir früher in mehrjähriger gerichtlicher Praxis gemachte Erfahrung bestätigen, daß in einer großen Zahl von Processen von der Streitverkündigung Gebrauch gemacht wird.

Trotzdem ist diese Lehre bis jetzt nicht Gegenstand einer speciellen wissenschaftlichen Erörterung geworden. Die einzige vorhandene Monographie von Fischer „die Lehre von der Streitverkündigung überhaupt und von dem Aufrufe eines Dritten zur gerichtlichen Vertretung insbesondere, Wien 1843" behandelt ihrem eigentlichen Zwecke zufolge die einschlagenden Grundsätze des gemeinen Rechts nur im Allgemeinen und benutzt sie lediglich zur Vergleichung mit den ausführlich entwickelten Vorschriften des Oestreichischen Proceßrechtes. Deßhalb dürfte

eine umfassende, auch in das Verfahren selbst nach allen Richtungen mit eingehende, Darstellung der gemeinrechtlichen Litisdenuntiation nicht unwillkommen sein.

Civilrechtliche Fragen aus der Lehre von der Eviktion habe ich in diese Darstellung nur da verflochten, wo es mir unumgänglich nöthig erschien. Deßhalb mußte insbesondere der Frage, ob die Streitverkündigung den Regreßanspruch bedinge, eine ausführliche Erörterung gewidmet werden.

Schließlich bemerke ich noch, daß ich von den in den Lehrbüchern citirten Dissertationen nur die von Stryk und Stever mir habe verschaffen und benutzen können.

Das zweite Heft dieser Beiträge wird sobald als möglich nachfolgen.

Marburg im August 1854.

**Der Verfasser.**

# Inhaltsverzeichniß.

## Erstes Kapitel.
### Allgemeine Lehren.



## Zweites Kapitel.
### Vom Verfahren im Einzelnen.

# Erstes Kapitel.

## Allgemeine Lehren.

### §. 1.

### Begriff und Eintheilungen.

Unter Litisdenuntiation, Streitverkündigung versteht man im gemeinen Civilprocesse die Benachrichtigung von einem erhobenen Rechtsstreite, welche eine der darin befangenen Partheien an einen ihr im Falle des Unterliegens regreßpflichtigen Dritten ergehen läßt und womit sie die Aufforderung verbindet, daß derselbe durch seine Theilnahme an jenem Rechtsstreite ihr denselben gewinnen helfe [1]).

1) Glück, Commentar B. XX. S. 407; Bayer, Theorie des Civilprocesses (7. Aufl.) S. 54; Linde, Lehrb. §. 112; Schmid, Handb. des gem. deutschen Civilpr. I. S. 159.

In der Begriffsbestimmung weicht das heutige Civilproceßrecht von dem Römischen ab. Während das erstere einem jeden Regreßberechtigten, ohne Rücksicht auf die Natur des dieserhalb zu Grunde liegenden Obligationsverhältnisses, die Befugniß zur Streitverkündigung an den Regreßpflichtigen einräumt, diese also überall da gestattet, wo der eine Streittheil dasjenige, was er im Falle des Proceßverlustes an den Gegner zu leisten haben würde, von einem Dritten ersetzt verlangen könnte, kannte das letztere die Litisdenuntiation nur bei einer Gattung von Rechtsstreitigkeiten, nämlich in denjenigen, deren Gegenstand die Abstreitung einer Sache oder eines Rechts an derselben bildet, also in Eviktionsprocessen (§. 2.), und hieraus folgt, daß nach Römischem Rechte die Litisdenuntiation nur an denjenigen erfolgte, welcher zur Eviktionsleistung verpflichtet war.

Auch in Hinsicht des mit der Litisdenuntiation zu erreichenden Zweckes tritt zwischen dem heutigen Proceßverfahren und dem Römischen Verfahren zur Zeit der klassischen Jurisprudenz ein Unterschied hervor.

Heut zu Tage beschränkt sich jener Zweck darauf, einen Beistand zum Obsiege im Rechtsstreite zu erhalten und für den Fall des Proceßverlustes den demnächstigen Ersatzanspruch gegen Einreden zu sichern. Im Römischen Formularprozesse konnte dagegen die Streitverkündigung dem Regreßberechtigten den noch viel wichtigeren Vortheil verschaffen, daß er aus dem Processe selbst ausschied, an seine Stelle der Regreßpflichtige trat und der nunmehr gegen ihn erfolgenden Condemnatorischen Sentenz Genüge leistete, einen Vortheil, welchen das den Römischen Proceß beherrschende Princip der Stellvertretung im Rechtsstreite und der Procedurgang bei den Eviktionsklagen als actiones arbitrariae ermöglichten (§. 11.).

In unseren Quellen wird die Benachrichtigung vom Rechtsstreite zum Zwecke der Beistandsleistung, außer mit dem Ausdrucke *litem denuntiare* (welchen das gemeine Proceßrecht als specifische Bezeichnung beibehalten und von welchem der

Benachrichtigende den Namen Litisdenuntiant, der Benachrichtigte den Namen Litisdenuntiat erhalten hat) oder litem *re*nunliare [2]), noch mit *auctorem laudare* bezeichnet [3]).

Neuerdings gebraucht man diese letztere Bezeichnung nicht mehr synonym mit der Litisdenuntiation, sondern ohne allen Rückhalt an unseren Quellen gleichbedeutend mit der auctoris *nominatio* [4]), während die älteren Processualisten streng die

---

2) So meines Wissens in einer Stelle, fr. 29. §. 2. de evict. 21, 2.

3) Fr. 6. §. 5. de a. e. v. 19, 1; fr. 63. §. 1. de evict. 21, 2; c. 7. 14. eod. 8, 45. *Laudare* bedeutet nach altrömischem Sprachgebrauche so viel als *appellare*, *Gellius* N. A. II, 6; *Macrobius* Saturn. VI, c. 7. Vgl. *Casp. Caballinus* a Cingulo (der anonyme Name von *Molinaeus*) Tract. de evictionibus (im tractatus tractatuum, Venetianer Ausgabe von 1584, T. VI.) addit. nov. ad §. 1; *Calletius* (Caillet, Professor zu Poitou gegen das Ende des 16. Jahrhunderts) Comment. ad tit. Cod. de evictionibus (in *Meermanni* thesaurus iur. civ. T. II. p. 309–353) praef. n. 11; *Noodt*, Comm. ad Dig. 21, 2. (opera omnia, Cöln 1732. p. 359 i. f.); Glück l. c. p. 407. *Auctor* ist der Vorgänger im Besitze eines Rechtes, is a quo ius in nos transiit, (fr. 175. §. 1. de reg. iur. 50, 17.) mit der Nebenbedeutung, daß er zufolge der Natur des den Rechtsübergang vermittelnden Rechtsgeschäfts für die Wirksamkeit des übertragenen Rechtes zu garantiren hat. Vgl. Puchta's kleine civilistische Schriften S. 35. und Müller, Lehre von der Eviktion S. 23.

4) Bayer l. c. p. 60; Gensler im Arch. f. c. P. Bd. IV. S. 179; Linde l. c. §. 117; Vangerow, Lehrb. I. §. 332. Anm. 3. Bayer irrt, wenn er a. a. O. behauptet, der Ausdruck auctoris laudatio werde in den Quellen auch einmal, im fr. 63. §. 1. de evict. 21, 2. für die Streitverkündigung gebraucht. Meines Wissens bedeutet er überall (vgl. die in der vorigen Note cit. Stellen) nur diese letztere.

1*

auctoris laudatio, als synonym mit der litis denuntiatio, der auctoris nominatio gegenüberstellen[5]).

Früher hat man die Litisdenuntiation verschiedentlich eingetheilt[6]).

Man unterschied zwischen litis denuntiatio *incidens* und *separata*, je nachdem sie beim Gerichte der Hauptsache während deren Verhandlung, oder, ohne Verbindung mit dieser, abgesondert beim Forum des Litisdenuntiaten angebracht werde[7]).

Allein diese Eintheilung erscheint deßhalb als verwerflich, weil vor erfolgter Eviktion der Litisdenuntiat noch gar nicht zum Ersatze verpflichtet ist[8]), was auch von anderweiten Regreßfällen gilt, da das Recht auf Ersatz des in Folge des Hauptprocesses zu Leistenden immer die Beendigung dieses Hauptstreites zu seiner Geltendmachung voraussetzt. Ebensowenig besteht aber auch ein direkter, auf dem Wege des Prozesses erzwingbarer, Anspruch des Litisdenuntianten auf Assistenz des Denuntiaten im Hauptprocesse (§. 12.), so daß unter keinem Gesichtspunkte ein vor dem Forum des Letzteren verfolgbarer Rechtsanspruch vor Beendigung des Hauptstreites begründet ist.

Will man dagegen mit Stever a. a. O. den Eintheilungsgrund nicht in der Verschiedenheit des angegangenen Gerichtes, sondern in dem formellen Verhältnisse der Streit-

---

5) Vgl. z. B. *Forster* Proc. iud. cam. Tit. 59. p. 1124: Autoris laudatio nihil aliud est quam dicere titulum suae possessionis et autorem, unde quis causam habet, nominare. Laudatio tamen autoris et nominatio inter se differunt. Autoris enim laudatio fit ab eo, qui rem suo nomine, nominatio vero ab eo, qui alieno nomine possidet, und *Ummius* Disput. XI, 6, 18.

6) *Stryk*, de litisdenuntiatione (Opera omnia, Frankfurt und Leipzig 1750. T. XI.) §. 5—7; Hofmann, Reichspraxis §. 1073; *Stever*, diss. de litis denuntiatione, Rostock 1804. §. IX.

7) *Berger* Sel. disc. for. Tit. XIV. n. 6.

8) Vgl. c. 3. de evict. 3, 45.

verkündigung zu der in der Hauptsache selbst vorgenommenen Partheihandlung finden und von der lit. d. incidens da sprechen, wo sie ein Annexum z. B. des Exceptional= oder Replik=Libells bildet, während die lit. d. separata den alleinigen Inhalt eines abgesonderten Libells ausmacht, so würde diese Unterscheidung in der That völlig nutzlos und müßig sein, weil eine solche rein formale Verbindung oder Absonderung für die Natur und die Wirkungen der Streitverkündigung ganz irrelevant ist.

Eine andere Eintheilung ist die in lit. d. *necessaria* und *voluntaria*. Meiner Ueberzeugung nach gibt es keine nothwendige Streitverkündigung (§. 3. sq.). Wäre aber auch dieser Unterschied gerechtfertigt, so würde er doch nur materiell die Entschädigungsverbindlichkeit des Litisdenuntiaten, also den praktischen Erfolg eines etwaigen späteren, zwischen diesem und dem Denuntianten zu verhandelnden Rechtsstreites berühren, für die processualische Behandlung der Litisdenuntiation im Hauptprocesse selbst aber von keiner Bedeutung sein.

Ein Gleiches gilt von einer weiteren, früher üblichen Eintheilung in lit. d. *legalis* und *conventionalis*.

Schließlich wird von den älteren Prozessualisten noch zwischen lit. d. *iudicialis* und *extraiudicialis* unterschieden. Beide sind in ihrer Wirkung ganz gleich und der Vortheil der gerichtlichen Streitverkündigung für den späteren Regreßstreit, daß sich deren Vornahme aktenmäßig erweisen läßt (§. 9.), kann einen hinlänglichen Grund zu einer besonderen Unterscheidung nicht abgeben.

Deßhalb stehen auch mit Recht die neueren Processualisten von allen jenen Eintheilungen ab.

## §. 2.

### Fälle, worin die Litisdenuntiation Statt findet.

Die Grundsätze des Römischen Proceßrechtes über Litisdenuntiation finden sich der großen Mehrzahl nach im Pan=

dektentitel de evictionibus et duplae stipulatione (XXI, 2.) erörtert, und die Lehre von der Eviktionsleistung ist, ihrer geschichtlichen Entwicklung entsprechend, von den Compilatoren mit der Lehre vom Kaufe in Verbindung gebracht.

Grade das Kaufgeschäft ist es, bei welchem die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Eviktionsleistung einen wesentlichen Bestandtheil des Contraktes bildet, indem sie für den Käufer das einzige Sicherungsmittel gegen die Nichterfüllung der dem Verkäufer in Ueberlassung der Sache zu beständigem Besitze obliegenden Verpflichtung abgiebt und solchergestalt die innere Verschiedenartigkeit der beiderseitigen Leistungen (Eigenthumsübertragung des Kaufpreißes und Besitzübertragung des Kaufgegenstandes) dem praktischen Erfolge nach ausgleicht[9]).

Deßhalb ist die emtio venditio in Hinsicht der Eviktionsleistungsverbindlichkeit der Typus auch für solche obligatorische Geschäfte geworden, welche eine Verpflichtung selbst zur Eigen-

---

9) Diesen im Wesen des Kaufcontrakts begründeten inneren Zusammenhang erkennen auch die Quellen an: fr. 66. pr. de contr. emt. 18, 1: in vendendo fundo quaedam, *etiamsi non condicantur*, praestanda sunt, *veluti ne fundus evincatur* etc.; c. 6. de evict. 8, 45: non dubitatur, *etsi specialiter venditor evictionem non promiserit*, re evicta ex emto competere actionem; fr. 1. pr. de rer. perm. 19, 4. Justinian selbst nennt in c. 2. §. 5. de vet. iure en. 1, 17. zur Rechtfertigung der in den Pandekten der Lehre von der Eviktion hinter der vom Kaufe angewiesenen Stellung die Klage aus der duplae stipulatio, quae de evictionibus proposita est, quasi *pedisequa* emtionis et venditionis; vgl. const. de conf. Dig. §. 5. und const. de conc. Dig. §. 4. (*appendix*, *ministra* venditionis). Vgl. *Frantzke*, Comm. ad tit. D. 21, 2. n. 189: Inter voluntarias (causas praestationis evictionis) palmarium locum tenet emtio venditio, cui *naturaliter* et quidem *principaliter* et *potissimum* evictionis praestatio *tamquam proprietas quaedam* inest; Savigny, System III. S. 358. n. b.

thumsübertragung begründen, z. B. Tausch und datio in solutum[10]).

Schon aus der der Lehre von der Litisdenuntiation in unsern Quellen angewiesenen Stellung läßt sich ein Grund dafür entnehmen, daß dieselbe nach Römischem Rechte in Eviktionsfällen stattgefunden hat. Mit Gewißheit ergibt sich dieß aber daraus, daß die Verpflichtung des Käufers zur Streitverkündigung an den Käufer einen Bestandtheil der Stipulationsformel ausmachte, in welcher sich der Erstere noch besonders die Haftung pro evictione versprechen ließ[11]).

Daß aber nur in Eviktionsfällen die Streitverkündigung im Römischen Processe stattgefunden hat, beweist die synonyme Bezeichnung *auctoris* laudatio [12]) und der Umstand, daß ihrer lediglich bei solchen Rechtsstreitigkeiten Erwähnung geschieht, welche eine Eviktion begründen.

Nur denjenigen Klagen ist diese letztgedachte Wirkung beizumessen, welche auf Entziehung einer Sache aus der Dispositionsgewalt des Besitzers oder auf eine Beschränkung dieser Dispositionsgewalt in Folge eines collidirenden, stärkeren Rechtes an der Sache abzielen. Das specifische Merkmal der Eviktion ist deßhalb die definitive, jede Aussicht auf die Rückkehr des entzogenen Habens ausschließende Entreißung[13]), es mag sich

10) C. 1. de rer. perm. 4, 64. (*ad exemplum* ex emto actionis); c. 4. de evict. 8, 45: si hoc (praedium pro soluto datum) iure fuerit evictum, *utilis* tibi actio contra debitorem competit. Nam huiusmodi contractus *vicem emtionis* obtinet; fr. 24 pr. de pign. act. 13, 7; fr. 4. §. 31. de doli m. exc. 44, 4.

11) Fr. 29. §. 2. h. t. 21, 2. Hierauf sind auch in fr. 37. §. 2. eod. die Worte: *si modo omnia facit emtor, quae in stipulatione continentur* zu beziehen. Vgl. *Pothier* ad h. l. und Glück l. c. S. 290. n. 45.

12) Auctor und auctoritas beziehen sich grade auf die Haftung für Eviktion, *Paulus* Rec. Sent. II. 17. §. 1. 3; fr. 4. pr. 76. de ev. 21, 2.

13) Müller l. c. p. 89 sq. 296.

diese nun in positiver Entwindung der Sache oder negativ darin kund geben, daß dieß stärkere Recht die Wiedererlangung der Disposition über die Sache oder die Ausübung des Realrechts (in Folge absolutorischen Erkenntnisses) unmöglich macht[14].

Dem Kreise der eine Eviktion begründenden Klagen können nur actiones arbitrariae angehören, weil nur bei diesen die Entziehung der Sache durch Richterspruch in dem arbitratus zu Tage treten kann, von den actiones arbitrariae aber wiederum nur solche, bei welchen zugleich dieß arbitrium auf einer Anerkennung des stärkeren dinglichen Rechtes des Evincenten basirte, wodurch jener Entziehung der Charakter einer definitiven Entwindung gegeben wird[15].

Hiernach gehören hierher alle dinglichen Klagen, vor Allem die *rei vindicatio* und *actio Publiciana*, sodann die *hereditatis petitio*, die *actio negatoria* und *confessoria*[16]) und die *actio Serviana* (insofern das Pfand nicht ausgelöst wird)[17].

---

14) *Pomponius* in fr. 16. §. 1. h. t. 21, 2: Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis aestimatione (die Eviktion durch positive Entziehung in ihren beiden möglichen Erscheinungsformen bei der actio arbitraria) vel possessor ab emtore conventus absolutus est (die negative Form der Eviktion).

15) Vgl. fr. 35. de a. e. v. 19, 1: licet enim stipulatio de evictione non committatur, *quia non est de iure servitutis in rem actione pronuntiatum.*

16) Bei einem Rechtsstreite über Servituten wird die Eviktion sich darin äußern, daß die Ausübung der affirmativen Servitut dem Sieger gestattet wird, und hinsichtlich der negativen, daß der Besiegte keine mit dem Rechte des Siegers unverträgliche Handlung vornimmt.

17) Fr. 10. 34. §. 2. 35. 39. §. 5. 46. pr. §. 1. 49. 62. §. 2. 65. 66. pr. h. t. 21, 2; fr. 66. pr. de contr. emt. 18, 1; c. 1. 23. de ev. 8, 45.

Von den persönlichen Klagen begründen eine Eviktion diejenigen, bei welchen ihrer Natur und ihrem Zwecke nach über ein Recht an der Sache mit entschieden werden kann, nämlich die Theilungsklagen [18]), und die rescissorischen Rechtsmittel, welche in rem gegen den dritten Besitzer wirken, insofern hier zugleich die Vitiosität seines Rechtes an der Sache mittelbar mit entschieden wird, in welchem Falle er dieselbe grade so, wie in Folge einer Eigenthumsklage, verliert, z. B. die restitutio in integrum in Ausnahmsfällen [19]).

---

18) Fr. 1. fin. reg. 10, 1. (finium regundorum actio in personam est, *licet pro vindicatione rei est*); fr. 1. §. 1. fam. herc. 10, 2; c. 10. h. t. 8, 45; fr. 34. §. 1. h. t. 21, 2. Der Schlußsatz dieser Stelle: quia non interest, *quo genere iudicii* evincatur, ut mihi habere non liceat, will nur soviel sagen, daß für die Begründung der Eviktion das Endziel, nicht die Art der Klage (ob dinglich oder persönlich) entscheidet. Vgl. *Calletius* l. c. ad l. 7. c. 3. n. 7; *Schulting* notae ad h. l.; Müller l. c. p. 813 n. 9.

19) Fr. 39. pr. 66. §. 1. h. t. 21, 2; fr. 15. de min. 4, 4. Vgl. Savigny, System VII. S. 270 ff. Aus dem angegebenen Grunde ist auch die actio quod metus causa hierher zu rechnen, indem die frühere Restitutionsprocedur für manche wichtige Fälle in eine feste Klagform übergegangen ist; vgl. Savigny l. c. §. 316. 320. 330. Müller a. a. O. zählt außer jener Klage noch das interdictum quod legatorum hierher, jedoch mit Unrecht, weil der Erbe dem mit diesem Rechtsmittel Belangten eine *cautio de restituendo* leisten muß, fr. 1. §. 16, 18. fr. 2. §. 1, 3, 4. h. t. 43, 3, von einer definitiven Entziehung also nicht die Rede sein kann. Ebenso halte ich dessen Ansicht, daß die Römischen Juristen auch die Haftpflicht für verkaufte Forderungen nach den Grundsätzen über Eviktion beurtheilt hätten (a. a. O. §. 22.), für unrichtig. Wenn auch der Begriff der evictio über sein durch den Wortsinn bestimmtes Gebiet der Abstreitung der körperlichen Sache mittelst der Eigenthumsklage hinaus auf Servituten ausgedehnt worden ist, so fand dieß seine Rechtfertigung darin, daß diese Rechte unmittel-

Der Litisdenuntiation wird nun in unsern Quellen gedacht sowohl bei einer Eviktionsklage im Allgemeinen und ohne deren nähere Bezeichnung[20]) als auch bei einzelnen Kla-

---

bar und selbstständig, wie das Eigenthum, die körperliche Sache erfassen, weßhalb auch bei Servituten von einem **quasi** ***dominium***, **iuris** ***dominium***, **quasi** ***possessio***, **iuris** ***possessio***, ***usucapio*** **servitutis**, von einer **iuris** ***vindicatio*** und ***in rem*** **(corporalem) actio** gesprochen wird. Wie die Anerkennung des Eigenthums dem dritten Besitzer gegenüber die Entziehung der völligen Dispositionsgewalt über die Sache zur Folge hat, so verleiht das Servitutrecht eine partielle Herrschaft über dieselbe, und demgemäß wird die Disposition beschränkt entzogen. Dagegen ist den Römischen Juristen die Anschauung von **dominium**, **possessio**, **vindicatio obligationis** völlig fremd, weßhalb sie auch beim Pfandrechte als einer ***obligatio*** **rei** niemals von einer **iuris** oder **quasi possessio** reden und keine Ersitzung des Pfandrechtes statuiren. Wie streng sich dieselben an den Rechtsbegriff der Eviktion halten, ersieht man auch daraus, daß sie eine solche beim Pfandrechte nur dann anerkennen, wenn dessen Gegenstand eine körperliche Sache ist, indem nur in diesem Falle die Pfandklage als eine **actio** ***in rem*** sich darstellt und auf Entreißung der Sache selbst abzielt. Die Aufnahme des von der Haftpflicht des Verkäufers eines, nach unserem Sprachgebrauche, zweifelhaften oder schlechten Ausstandes **(nomen,** ***quale est*****)** handelnden **fr. 74. §. 3.** in den Titel **de evictionibus**, welches passender im Titel **de actione vel hereditate vendita 18, 4.** hinter **fr. 4.** und **5.** seinen Platz gefunden hätte, kann nicht zu der Annahme einer analogen Behandlung gänzlich verschiedener Rechtsverhältnisse berechtigen, und ein Gleiches gilt von der auf einem allgemeinen Principe beruhenden Uebereinstimmung darin, daß beiden Rechtsvorgängern, dem Auktor und dem Cedenten, Einreden aus der Person des Successors und Cessionars nicht schaden. Vgl. auch Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.) §. 64. N. 184.

20) So z. B. in **fr. 39. §. 1. 62. §. 1. h. t. 21, 2**; **c. 7. 8. 9. eod. 8, 45**; **fr. 49. pr. de iud. 5, 1**; **fr. 85. §. 5. de v. o. 45, 1.**

gen, wie bei der Eigenthumsklage[21]), bei der *actio confessoria*[22]) und bei der Pfandklage[23]), also überall bei solchen Rechtsmitteln, die eine Eviktion begründen.

Auf dieß Gebiet beschränken sie auch die Processualisten bis in das 17. Jahrhundert[24]).

Erst seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts[25]) findet sich die Litisdenuntiation auf andere, als in der Eviktionspflicht begründete, Regreßfälle ausgedehnt, und seitdem haben sich die späteren Processualisten mit der Praxis hierfür entschieden, und es herrscht eine Meinungsverschiedenheit nur darüber, ob in andern als Eviktions-Fällen die Litisdenuntiation eine Bedingung des Regreßanspruches, also nothwendig oder nur rathsam sei[26]).

---

21) Fr. 59. h. t. 21, 2; c. 14. 17. 20. eod. 8, 45. Hierher gehört auch wohl die c. 1. de per. et comm. r. v. 4, 48. wegen der Schlußworte: si — contra emtorem pronuntiatum est, welche auf die bei der rei vindicatio vorkommende pronuntiatio (secundum actorem oder contra reum) sich beziehen, vgl. fr. 3. §. 3. de reb. eor. 27, 9. und fr. 11. §. 3. de iurei. 12, 2, obwohl jener Ausdruck auch auf eine andere arbitraria actio paßt, z. B. die Servitutenklage, vgl. fr. 35. de a. e. v. 19, 1. Grade wie bei der rei vindicatio findet sich die Litisdenuntiation auch bei der vindicatio libertatis, der quaestio status erwähnt, c. 18. 21. h. t. 8, 45.

22) Fr. 49. h. t. 21, 2.

23) C. 23. h. t. 8, 45.

24) Vgl. z. B. *Forster* und *Ummius* ll. cc. Auch die älteren Civilisten, wie Cujaz, Donell, Voet u. A. sprechen von der Streitverkündigung nur in Eviktionsfällen.

25) *Mevius* Dec. II. dec. 289. *Martini* Comm. for. tit. 14. pr. n. 3. 4. *Leyser* Med. sp. 241. n. 1 sq.; *Böhmer* Cons. et dec. II. P. 2. dec. 1254. n. 3.

26) Vgl. einerseits Claproth Ord. Proc. §. 461; von Gönner Erörterungen Nr. 39 und Handbuch I. Nr. XVII. §. 2–3;

## §. 3.

### Fortsetzung.

Meines Erachtens ist die Streitverkündigung in allen Fällen, worin sie Statt findet, mithin auch in Eviktionsfällen nur rathsam und nicht nothwendig, indem ihre Vornahme den Regreßanspruch gegen den dritten Ersatzpflichtigen nicht bedingt.

Bei Begründung dieser Ansicht beginne ich mit den Eviktionsfällen als dem ursprünglichen Gebiete der Litisdenuntiation und fasse hier dasjenige Rechtsgeschäft ins Auge, welches im Römischen Rechte für alle anderen onerosen, ein Recht übertragenden Geschäfte den Typus in Bezug auf Begründung der Eviktionsverbindlichkeit bildet, das Kaufgeschäft.

Hierbei wird es nöthig sein, etwas näher auf das Wesen der Hauptverbindlichkeit des Verkäufers einzugehen und die innere Verschiedenheit der wegen Nichterfüllung derselben dem Käufer im Römischen Rechte eingeräumten Rechtsmittel zu erörtern.

Bekanntlich geht bei dem Kaufgeschäfte die Absicht der Contrahenten dahin, Eigenthum an dem Kaufobjekte zu übertragen bezw. zu erwerben, und eine Uebereinkunft, daß Eigenthum nicht übergehen solle, würde, als dem Zwecke des Rechtsgeschäfts zuwiderlaufend, dieses selbst zu nichte machen. Mit jener Absicht coincidirt jedoch nicht die Verbindlichkeit des Verkäufers, indem derselbe nicht Eigenthumsübertragung, *rem dare* emtori, sondern lediglich Ueberlieferung der Sache zu eigenthumsmäßigem Besitze zu leisten hat. Er ist nur verpflichtet, praestare rem (i. e. tradere) eamque emtori habere licere [27]).

---

Mühlenbruch, Cession S. 626 n. 193; Linde l. c. §. 112. n. 5, und andrerseits Gensler im Arch. f. c. P. IV. S. 183—184; Duntze ebendaselbst X. S. 362 ff.; Bayer l. c. p. 55; Schmid Handbuch I. S. 163 ff.; Fischer, Lehre von der Streitverkündigung S. 60.

27) Fr. 11. §. 2. 30. §. 1. de a e. v. 19, 1; fr. 25. §. 1. de contr.

Dem Käufer darf, wenn der Verkäufer seiner Verpflichtung ledig sein soll, die Sache nicht aus einem Rechtsgrunde abgeholt werden können, und eine bereits erfolgte Tradition des Kaufobjekts gilt für nicht obligationsmäßig geschehen und folgeweise für gar nicht erfolgt, wenn ein Dritter aus einem Rechtsgrunde die Sache dem Käufer siegreich abgestritten hat[28]).

Eben wegen dieser Qualification des dem Käufer zu beschaffenden Besitzes muß der Verkäufer von vorn herein diesen frei (vacua possessio) übertragen und alle Hindernisse ungestörter und unstörbarer Disposition beseitigen[29]), z. B. die Sache von dem etwa vorhandenen Pfandnexus befreien.

Erfüllt der Verkäufer seine oben charakterisirte Verbindlichkeit zur Uebertragung freien Besitzes nicht, so ist er dem Käufer zur Leistung des Interesse verhaftet, er muß *praestare* rem habere licere. Hierdurch wird zur Sicherung des Käufers die Lücke ausgefüllt, welche zwischen der dem Kaufe zu Grunde liegenden Absicht der Contrahenten und der beschränkteren Verbindlichkeit des Verkäufers besteht.

Ein solches rem *non* habere licere ex causa emtionis, welches die Basis dieser Entschädigungspflicht bildet, ist, dem Wesen der Obligation des Verkäufers entsprechend, alsdann vorhanden, wenn zur Zeit des Contraktsabschlusses auf Seiten eines Dritten ein Rechtsgrund als Grundlage eines Anspruches existirt, dessen Verfolgung dem Käufer den fortdauernden Besitz der Sache entzieht, eines Anspruches also, der stärker ist

---

emt. 18, 1; fr. 8. de evict. 21, 2; fr. 188. pr. de verb. sign. 50, 16. Vgl. *Goeddaeus* ad h. l. und ad fr. 71. pr. eod. tit.; Savigny, System IV. S. 101. n. f.

28) Fr. 3. pr. de a. e. v. 19, 1: Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, *tradita possessio non intelligatur.* Vgl. Savigny, System III. S. 358. n. b.

29) Fr. 2. §. 1. 52. §. 1. de a. e. v. 19, 1; c. 5. de evict. 8, 45.

als der Schutz, welchen der Käufer aus seinem Rechtstitel, als Singularnachfolger des Verkäufers, zu entnehmeu vermag.

Die Verfolgung eines derartig beschaffenen Anspruches kann entweder außergerichtlich oder gerichtlich — durch Geltendmachung im Processe — erfolgen. Wird in letzterem Falle durch Erkenntniß jener Anspruch anerkannt und realisirt, so ist die Sache dem Käufer evincirt, mag dieser nun als Verklagter in Folge der Sentenz (im Römischen Formularprocesse dem arbitratus iudicis gehorchend) die Sache selbst herausgeben oder (nach der nämlichen Procedur) die litis aestimatio dem Kläger entrichten, oder mag er als Kläger mit seiner Klage auf Herausgabe der ihm vom Verkäufer tradirten und nachher in den Besitz des Dritten gekommenen Sache wegen des stärkeren Rechtes dieses letzteren abgewiesen werden[30]).

In beiden Fällen ist der Verkäufer dem Käufer zu voller Entschädigung, quanti interest, rem non evictam fuisse oder rem habere licere, verpflichtet.

Zur größeren Sicherheit und um der Schwierigkeit in Liquidation und Nachweisung des Schadens überhoben zu sein[31]), war es eine allgemein verbreitete Sitte, daß sich der Käufer wenigstens beim Ankaufe werthvollerer Gegenstände[32]) vom Verkäufer für den Fall der Eviktion das Doppelte des Kaufpreißes als Entschädigungssumme stipulirte[33]).

---

30) Fr. 16. §. 1. de ev. 21, 2. Vgl. *Calletius* l. c. ad leges 7. 8. 11. c. 3. (bei *Meermann* p. 332 sq. 335.); Glück l. c. p. 172.

31) Fr. 11. de stip. praet. 46, 5; §. 7. J. de verb. obl. 3, 15; *Seneca* de benef. III, 6.

32) Fr. 37. §. 1. de ev. 21, 2.

33) Fr. 31. §. 20. de aed. ed. 21, 1: Quia *assidua* est *duplae stipulatio*, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: *ea enim*, *quae sunt moris et consuetudinis*, in bonae fidei iudiciis debent venire. Vgl. auch fr. 11. §. 14, 15. de a. e. v. 19, 1. und *Varro* de re rust. II. 10. §. 5.

Auch kamen Stipulationen in Folge besonderer Convention der Contrahenten auf das triplum und quadruplum[34]), und ebenso, insbesondere bei geringfügigeren Kaufobjekten, auf das simplum[35]) oder auf das einfache Interesse, quanti interest[36]), vor.

Diese Sitte der stipulatio duplae hatte ihren Entstehungsgrund höchst wahrscheinlich darin, daß demjenigen, welcher eine res mancipi ohne nachfolgende mancipatio oder eine res nec mancipi kaufte, dieselbe Sicherheit im Falle der Eviktion durch Partheiübereinkunft verschafft werden sollte, wie sie der Käufer, der die res mancipi durch Mancipation übertragen erhielt, nach dem Zwölftafelgesetze und nach dessen wissenschaftlicher Fortbildung ohne besondere Stipulation beim Nachweise genoß, daß der Verkäufer das Eigenthum der Sache nicht besessen und folgeweise auch nicht übertragen habe[37]), eine Sicherheit, welche zur Zeit der klassischen Jurisprudenz auch bei der Uebertragung per mancipationem erst an die wirkliche Eviktion geknüpft wurde[38]).

Grade deßhalb, weil die stipulatio duplae beim Kaufgeschäfte ganz allgemein in Gebrauch war, wurde sie nach dem Grundsatze: ea, quae moris et consuetudinis sunt, in bonae fidei iudiciis debent venire, selbst zu einer Berechtigung des Käufers[39]) in der Weise, daß, selbst wenn beim Abschlusse des Kaufgeschäfts eine deßhalbige Verabredung nicht getroffen

---

34) Fr. 56. pr. 74. pr. de evict. 21, 2; fr. 5. pr. de iure fisci 49, 14.

35) Fr. 27. 56. pr. de ev. 21, 2; fr. 48. §. 8. de aed. ad 21, 1; *Varro* de re rust. II, 10. §. 5. *Plautus* Curc. IV. sc. 2. v. 4 sq.

36) Fr. 102. pr. de verb. obl. 45, 1. *Varro* de re rust. II, 2. §. 6. 3. §. 5. 4. §. 5.

37) Carl Sell in seinen und W. Sell's Jahrbüchern II, 1, p. 9 sq. III, p. 37 sq.; Müller l. c. §. 2—6.

38) *Paulus* Sent. Rec. II, 17. §. 3. Sell l. c. III, 1. p. 45 sq.

39) Vergl. Savigny, System VIII. S. 82—83.

worden war, mit der actio emti auf Abschluß der herkömmlichen Stipulation geklagt werden konnte[40]).

---

40) **Fr. 37. pr. de evict. 21, 2: Emtori *duplam promitti* a venditore *oportet*, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur; nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur; fr. 49. fam. herc. 10, 2: hi enim demum ad duplae cautionem *compelluntur*, qui sponte sua distrahunt; fr. 2. de evict. 21, 2: Si dupla non promitteretur et *eo nomine* agetur, dupli condemnandus est reus.** Die Worte *eo nomine* beziehen sich auf die Weigerung des Verkäufers, die **dupla** in Stipulationsform zu versprechen, und bestimmen den Gegenstand des mit der **actio** verfolgbaren Anspruchs, nämlich die Interposition der Stipulation, so daß der nachfolgende Hauptsatz dahin zu verstehen ist: „so muß der Verklagte zur Sponsion des doppelten Kaufpreißes verurtheilt (und, falls er sich dieser fortwährend weigert, seine eventuelle Haftpflicht auf jenen Betrag im Voraus bestimmt) werden.“ So erklärt schon Accursius diese Worte (**utde dupla caveat**). Auf den nämlichen Anspruch und die nämliche Condemnation bezieht sich das **fr. 11. §. 9. de a. e v. 19, 1: Non tradentem, quanti intersit, condemnari, satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet,** d. i. auf die **dupla** als gewohnheitsrechtliches Maximum, sowie **§. 11: Si quid horum non praestetur** (d. i. **caveatur**, wie aus dem Folgenden erhellt), **quum cetera *facta* sint, nullo deducto condemnationem faciendam,** d. h. die Condemnation zur eventuellen Haftpflicht muß alle Gegenstände der Stipulation umfassen, z. B. alle ediktsmäßigen Mängel. Condemnationen der bezeichneten Art kommen mehr vor, vgl. z. B. **fr. 4. §. 2. ne vis fiat 43, 4.** Auf den nämlichen Anspruch und dieselbe Condemnation, wie das **fr. 2. de ev.**, geht das **fr. 31. §. 20. de aed. ed. 21, 1,** worin es heißt: **Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, *si duplam venditor mancipii non caveat.*** Vgl. Müller **l. c. p. 70—71. 73. n. 26.**

War bereits alsbald beim Kaufabschluß eine Verabredung der Contrahenten über ein außerordentliches Entschädigungsquantum (z.

War dagegen bei dem Kaufabschlusse über das Evictionsleistungsquantum Nichts verabredet oder hatte der Käufer bei einem solchen Kaufe, wobei die stipulatio duplae gäng und

---

B. das triplum oder quadruplum) für den Evictionsfall getroffen, so konnte, wenn zugleich der Verkäufer eine deßhalbige Sponsion versprochen hatte, auf Abschluß dieses Verbalcontrakts geklagt werden (fr. 56. pr. de ev. 21, 2: Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex emto perpetua actione agi poterit: non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet, qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit), es bedurfte jedoch einer solchen Klage nicht, da auch nach erfolgter Eviction, wenn das Entschädigungsquantum beim Kaufabschlusse verabredet war, aus diesem pactum venditioni adiectum mit der actio emti der Käufer auf Leistung desselben klagen konnte. Dieß folgt aus fr. 74. pr. de ev. 21, 2. (si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est) und per argumentum a contrario aus fr. 60. eodem: Si in venditione dictum *non* sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc quod interest. Von einem solchen Falle, in welchem das Entschädigungsquantum bereits beim Kaufabschlusse bestimmt war, ist auch Paul. Rec. Sent. II, 17. §. 2. zu verstehen: Si res simpliciter (d. h. ohne Mancipation, wovon §. 3. handelt) traditae evincantur, tanto venditor emtori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset, wenn man nicht unterstellen will, Paulus rede hier, wie in dem von ihm herrührenden fr. 2. de evict., von der Klage auf Eingehung der Stipulation.

Wollte man mit Sell l. c. II, 1. p. 19. aus dieser Stelle und den oben citirten fr. 2. de ev. 21, 2. und fr. 31. §. 20. de aed. ed. 21, 1. den Satz folgern, daß im Falle eintretender Eviction auch ohne Abschluß der herkömmlichen stipulatio duplae auf den doppelten Kaufpreiß ohne Weiteres, wie bei stattgehabter man-

gebe war, es vor erfolgter Eviktion verabsäumt, sich jene vom Verkäufer leisten zu lassen oder ihn darauf zu belangen, so konnte er nach geschehener Eviktion Mehr nicht als das Interesse ersetzt verlangen [41]).

War nun von den Contrahenten eine stipulatio pro evictione abgeschlossen, so hatte der Käufer im Falle wirklich erfolgter Eviktion zwei Klagen, die actio ex stipulatu und die auch ohne vorgängige Stipulation aus dem Rechtsgeschäfte selbst ihm zustehende actio ex emto; denn die Eviktion, die Entscheidung des Richters, daß das Recht des Dritten an der Sache stärker sei als das Recht des Käufers, und die dieser Entscheidung entsprechende und kraft derselben erfolgende Besitzentwindung ist eine Unterart des rem habere non licere [42]).

---

cipatio, geklagt werden könne, so würde man mit den klaren Aussprüchen zahlreicher Stellen, insbesondere des fr. 8. 60. 70. *(Paulus)* de ev. 21, 2. fr. 43. *(Paulus)* de act. e. v. 19, 1. und c. 23. de ev. 8, 45. in Widerspruch gerathen. Vgl. auch *Calletius* l. c. p. 312. n. 6 sq.

Ebendeßhalb muß man im fr. 37. §. 2. de ev. 21, 2. *(Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit* emtor, *re evicta* consecuturum eum *ex emto* Neratius ait, quanto minus stipulatus sit, si modo omnia facit emtor, quae in stipulatione continentur; quod si non fecit, ex emto id tantum consecuturum, *ut ei promittatur*, quod minus in stipulationem superiorem deductum est) unterstellen, es sei beim Kaufabschluß das herkömmliche duplum pretii für den Eviktionsfall verabredet worden. War hier irrthümlich die Stipulation bloß auf das simplum abgeschlossen, so soll mit der actio emti nach erfolgter Eviktion das fehlende Simplum selbst, vorher dagegen nur die Nachsponsion desselben verlangt werden können. Vgl. *Calletius* l. c. n. 7. Glück l. c. p. 290.

41) Fr. 8. 60. 70. de ev. 21, 2; c. 23. h. t. 8, 45; fr. 43. i. f. de act. e. v. 19, 1.

42) *Voet* comm. ad tit. D. de ev. n. 1: evictio est rei nostrae, quam adversarius iusto titulo acquisivit, per iudicem facta

Der innere Rechtsgrund (die Nichterfüllung der Obliegenheit auf Seiten des Verkäufers, rem emtori habere licere) ist bei beiden Klagen der nämliche und nur in den Voraussetzungen und im Umfang des Entschädigungsanspruchs sind sie verschieden.

Zur genaueren Einsicht in das Wesen beider Klagen sollen jetzt zunächst die Hauptverschiedenheiten derselben nach Anleitung unserer Quellen zusammengestellt werden[43].

---

recuperatio — ac non modo per vindicationem contingit, sed et per hereditatis petitionem —, cum ex omnibus hisce causis emtori non liceat rem habere; *Schulting*, Thes. contr dec. 86. Th. 1: evictio est plena et efficax victoria eius, qui agit cum emtore vel cum quo agit emtor, per quam emtori rem habere non licet.

43) *Cuiacius* in den Parat. ad Codicem h. t. 8, 45. und im Tract. ad Afric. VI. zu fr. 24. de evict. sowie *Noodt* im Comment. ad Dig. 21, 2. pr. haben die Stipulationsformel reconstruirt. Sie lautet bei Cujacius in dem Tract. ad Afr. so: Mihi heredique meo eum hominem, quem de te emi, habere recte licere nec evinci eum hominem mihi heredive meo partemve eius, et si homo a me heredeve meo petetur, tum de ea re agenda adesse et eam rem recte defendere, uti denuntiatum tibi erit, aut si ita factum non erit, quanti ea res erit, duplum praestari dolumque malum abesse abfuturumque esse — haec spondesne? und noch umfassender in den Parat. dahin: Eum hominem, quem de te emi et accepi, mihi per te heredemque tuum et per omnes habere recte licere, et si is homo, quo de agitur, parsve eius a me petita erit vel si eum hominem partemve eius ego ab alio petiero, tum de ea re agenda adesse, cum tibi heredive tuo denuntiavero, et eam rem recte defendere, et si is homo parsve eius mihi per iudicem evicta erit, vel si eum hominem ego a possessore per iudicem evincere non potuerim, tum duplam mihi recte praestari, haec spondesne? Nodt l. c. restituirt die Formel folgendergestalt: Eam rem, quam a te emi, mihi habere licere,

1) Ein durchgreifender Unterschied zwischen der actio emti und der actio ex stipulatu besteht darin, daß die erstere allgemein alsdann zusteht, quum rem *ex causa emtionis* habere non licet, während die letztere erst in dem speciellen Falle gegeben ist, quum *propter ipsam evictionem* rem habere non licet.

Dieß ist bestimmt in mehreren Quellenzeugnissen ausgesprochen:

Ulpian in fr. 21. §. 1. 3. de ev. 21, 2:

Inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit, duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat *propter ipsam evictionem*. — §. 3. Idem Iulianus eodem libro scribit, si lite contestata fugerit homo culpa possessoris, damnatus quidem erit possessor, sed non statim eum ad venditorem regressurum et *ex duplae stipulatione* acturum, quia interim *non propter evictionem*, sed propter fugam ei hominem habere non licet[44]).

Julian in fr. 29. de a. e. v. 19, 1:

Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit; actione *ex emto* poterit consequi emtor pretium, quia *nunc*[45]) *ex causa legati* rem habet.

---

et si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere, postquam tibi heredive tuo denuntiavero, et si ea res mihi evicta erit, vel si eam ego a possessore evincere non potuerim, tum duplam mihi recte praestari, dolumque malum abesse et abfuturum esse, spondes?

44) Vgl. noch fr. 34. §. 1. eod. 21, 2, worin ausgesprochen ist, daß zur Anstellung der actio ex stipulatu erforderlich sei, iudicio evictam rem esse, ut habere non liceat, das genus iudicii dagegen gleichgültig sei.

45) So ist nach der Conjektur A. Faber's (Conject. V, 14) statt

Die actio emti wird hier dem Käufer deßhalb zugesprochen, weil dieser nunmehr die Sache non ex causa emtionis (sed legati) inne hat. Die causa legati ist deßhalb die stärkere, weil der Erbe eine bedingungsweise legirte, also eine res sub conditione aliena verkauft hatte und nachher (dieß ist offenbar bei *nunc* zu subintelligiren) die Bedingung in Erfüllung gegangen war [46]).

Eine Consequenz aus dieser Verschiedenheit zwischen der actio emti und der ex stipulatu ist die, daß die letztere wesentlich einen Proceß zwischen dem Käufer und dem Dritten und eine darin erfolgte Eviktion voraussetzt, während bei der actio emti Mehr nicht nöthig ist, als daß ein besseres Recht an der Sache als das ex emto hergeleitete vorhanden und zur Geltung gebracht wird. Wie diese Geltendmachung erfolgt, ist hierbei ganz gleichgültig, indem auch dann, wenn das bessere anderweite Recht von dem Käufer außergerichtlich anerkannt und ohne Proceß dem Berechtigten Genüge geleistet wird, oder wenn ein Rechtsstreit wegen Zusammentreffens des besseren und des Kauf-Titels in derselben Person unmöglich ist, die actio emti begründet erscheint.

Dieß wird durch eine Reihe von Stellen bestätigt, in welchen auch jene breitere Basis der actio emti ausdrücklich hervorgehoben wird.

*Paulus* in fr. 9. h. t. 21, 2:

Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius here-

---

*non* zu lesen. Der Rettungsversuch Schulting's Not. ad Dig. h. t. h. l.: sed sensus videtur esse, quia habet eam ex causa onerosa, non ex causa lucrativa legati, uti voluit testator ist mißglückt, und eine solche Argumentation würde Julian grade nicht zur Ehre gereichen. Wie kann die Nichtleistung des Legates den Käufer zur actio emti berechtigen? Eine actio *ex emto* kann nur zustehen, wenn eine obligatio *ex vendito* nicht erfüllt ist.

46) Vgl. fr. 13. §. 15. de a. e. v. 19, 1: Si fundum mihi *alienum* vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit: nihilominus *ex emto* mihi adversus te actio competit.

dem me reliquerit, Sabinus ait, amissam *actionem pro evictione*, *quoniam servus non potest evinci;* sed in *ex emto* actionem decurrendum est.

Derselbe in fr. 41. §. 1. eod:

Item si domino servi heres extiterit emtor, *quoniam evinci ei non potest*, *nec ipse sibi videtur evincere*, non committitur *duplae stipulatio*. His igitur casibus *ex emto* agendum erit.

*Gaius* in fr. 57. §. 1. eod:

Quod quum ita est, videamus, num, et si ab eo, qui vicerit, donata legatave res fuerit emtori, aeque dicendum sit, ex stipulatu actionem non nasci; scilicet si, *antequam abduceret vel auferret*, donaverit aut legaverit: alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest.

Hier wird dem Käufer die actio ex stipulatu selbst alsdann abgesprochen, wenn vom Dritten die Sache schon im Processe abgestritten war, dieser aber nach ergangener pronuntiatio cum arbitratu iudicis den Proceß nicht fortsetzte, sondern die Sache dem Käufer schenkte oder legirte, so daß nunmehr der Eviktionsproceß in Folge des Uebergangs des Eigenthums auf den Verklagten wegfiel[47]).

2) Die actio ex stipulatu ist streng an die Voraussetzung gebunden, daß ein Dritter sein besseres Recht an der Sache gerichtlich geltend gemacht, ein obsiegliches Erkenntniß erwirkt und zum wirklichen Vollzuge (durch ablatio rei oder Erlangen der litis aestimatio) gebracht habe, auch selbst alsdann, wenn der Verkäufer beim Verkaufe der Sache dolos gehandelt

47) Daß dem Käufer in diesem Falle die actio *emti* zustand, ergeben die vorher citirten fr. 13. §. 15. u. 29. de a. e. v. 19, 1.

Der hervorgehobene Unterschied zwischen beiden Klagen ergibt sich auch noch aus anderen Stellen, vgl. z. B. fr. 21. pr. 22. pr. §. 1. 24. h. t. 21, 2; fr. 84. §. 5. de leg. 1; c. 3. 17. 26. de ev. 8, 45.

hat. Dagegen bedarf es in diesem Falle zur Anstellung der actio emti nicht einmal der Erhebung des besseren Anspruchs Seitens des Dritten, weil bei dem Kaufe mindestens die Ueberzeugung und Absicht des Verkäufers, Eigenthum zu übertragen, vorhanden sein muß, mit dem Wesen des Rechtsgeschäftes also dolus unverträglich ist:

> Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam, *priusquam evincatur*, utiliter me *ex emto* acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam. Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit [48]).
>
> Si servus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed fatum humanae sortis. De dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit [49]).

Unter dieser letzteren Klage ist die actio emti [50]), oder, falls in die Stipulationsformel die clausula doli aufgenommen war, wie dieß regelmäßig geschah [51]), die Stipulationsklage aus dieser Clausel zu verstehen [52]).

Ein ähnliches Verhältniß zwischen der actio emti und ex stipulatu waltet ob bei dem dolosen Verschweigen des Mangels

---

48) Fr. 30. §. 1. de a. e. v. 19, 1.

49) Fr. 21. pr. de evict. 21, 2.

50) So verstehen die Stelle *Pothier* Pand. Iust. ad Dig. 21, 2. n. 53; *Gothofredus* not. ad h. l. und *Noodt* ad h. t. p. 361.

51) Vgl. fr. 38. §. 13. de verb. obl. 45, 1. (welches ganze Fragment von der stipulatio pro evictione handelt) vgl. mit fr. 68. §. 1 de c. e. 18, 1. und fr. 69. de v. s. 50, 16.

52) Vgl. noch über die Zuständigkeit der actio emti im Falle des dolus: fr. 6. §. 9. 11. §. 15, 16. de a. e. v. 19, 1; fr. 68. §. 1. de contr. emt. 18, 1.

der Noxabehaftung, indem hier die letztere Klage auch erst nach erlittenem reellen Nachtheile zusteht [53]).

3) Die actio ex stipulatu ist nicht bloß durch eine vorgängige Eviktion, sondern — in Folge streng buchstäblicher Auslegung der Stipulationsformel — weiter dadurch bedingt, daß dem Käufer selbst und in eigener Person (nicht ihm als processualischen Stellvertreter eines Dritten, als procurator litis) die Sache evincirt worden ist. Hat er den Eviktionsproceß für einen Dritten, wenn auch für seinen ihm gegenüber regreßberechtigten Käufer, also als procurator in rem suam übernommen, so berührt der ungünstige Ausgang dieses fremden Processes den eignen Verkäufer und sponsor duplae nicht, welcher sich lediglich für die seinem Käufer gegenüber erfolgende Eviktion haftbar gemacht hatte. Anders verhält es sich bei der, auf einer freieren Beurtheilung des Rechtsverhältnisses nach den Grundsätzen der bona fides basirenden, actio emti. Da der procurator im oben bezeichneten Falle als eviktionspflichtiger Verkäufer von seinem Käufer die geleistete litis aestimatio mit der actio mandati contraria wegen seiner Eviktionsverbindlichkeit nicht ersetzt verlangen kann, vielmehr als procurator in rem suam den Proceß ohne Ersatzrecht übernommen hat, eben deßhalb aber materiell den Schaden der Eviktion selbst erlitten und ihm hierfür sein auctor wegen seiner gleichfallsigen Eviktionspflicht einzustehen hat, so ist die actio *emti* gegen diesen letzteren vollständig begründet.

Dieß lehrt Papinian in fr. 66. §. 2. h. t. 21, 2:

> Si secundus emtor venditorem eundemque emtorem ad litem hominis dederit procuratorem, et non restituto eo damnatio fuerit secuta, quodcumque ex

---

53) Fr. 4. pr. de a. e. v. 19, 1: Si servum mihi ignoranti, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi *ex emto*, quanti mea intererit scisse, quia *ex stipulatu* eo nomine agere tecum non possum, *antequam mihi quid abesset*.

causa iudicati praestiterit procurator ut in rem suam datus, ex stipulatu consequi non poterit. Sed quia damnum evictionis ad personam pertinuit emtoris, qui mandati iudicio nihil percepturus est, non inutiliter ad percipiendam litis aestimationem agetur ex vendito [54]).

4) Auf der gänzlich verschiedenen Beurtheilungsweise, wonach für die actio ex stipulatu lediglich die Stipulationsformel in strikter Interpretation maßgebend war, für die actio emti dagegen die Frage entschied, ob und inwieweit dem Käufer durch Eviktion Schaden entstanden ist, beruht ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen beiden Klagen bezüglich des objektiven Umfangs der Eviktion.

War in der Stipulationsformel lediglich von Eviktion des Kaufobjekts die Rede, so konnte mit der actio ex stipulatu bei theilweiser Eviktion nicht geklagt werden, mochte diese sich auf aliquote oder reelle Theile der Sache beschränken. Es war deßhalb nöthig, auch die theilweise Eviktion bei Abschluß der Stipulation vorzusehen. Geschah dieses, so erstreckte sich die Haftpflicht ex stipulatione auf die Eviktion von Theilen der Sachen, insofern sie nur von homogener Beschaffenheit waren (z. B. Parcellen eines Grundstückes), während für Eviktion heterogener Bestandtheile (z. B. Balken eines Hauses oder Planken eines Schiffes) nicht zu haften war. Für die actio emti gelten alle diese Beschränkungen nicht.

So handeln von der actio ex stipulatu

Fr. 56. §. 2. de ev. 21, 2:

In stipulatione duplae, quum homo venditur, partis

---

54) Vgl. *Calletius* l. c. ad l. 7. c. III. n. 11; Glück l. c. p. 417. n. 12. In dem hier entschiedenen Falle war durch die Bestellung zum procurator gar keine Mandatsobligation zwischen dem Verklagten und seinem Verkäufer begründet worden, arg. fr. 42. §. 2. de proc. 3, 3. Vgl. Mühlenbruch Cession S. 133.

adiectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, quum pars eius evicta est.

Fr. 36. eod:

Nave aut domu emta singula caementa vel tabulae emtae non intelliguntur, ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor, quasi evicta parte.

dagegen von der actio emti

C. 5. de comm. rer. alien. 4, 52:

Si maior annis viginti quinque veluti propria nescienti communia cum fratribus tuis praedia distraxisti, licet nullum instrumentum intercesserit nec quidquam specialiter convenerit, alienae portionis evictione secuta, quanti interest emtori solves.

Fr. 23. §. 1. de usuc. 41, 3:

Si autem columna evicta fuerit, puto te *ex emto* cum venditore recte acturum et *eo genere* rem salvam habiturum [55]).

5) Auf ganz gleichem Grunde beruht die weitere Verschiedenheit, daß bei der Eviktion von Früchten und sonstigen Accessionen des Kaufobjects nicht die actio ex stipulatu, wohl aber die actio emti zusteht [56]).

6) Was schließlich die Größe des Entschädigungsanspruchs anlangt, so richtet sich diese bei der actio ex stipulatu rein nach dem Inhalte des Stipulationsvertrags (meistens das duplum pretii), und der darin ausgesetzte Betrag bleibt unverändert, mag auch nachher eine Vergrößerung oder Verminderung am Kaufobjecte eingetreten sein. Dieß gilt auch bei einer (im Stipulationsvertrage vorgesehenen, vgl. oben unter 4) theilweisen Eviktion nach ideellen oder reellen Theilen, insofern im letzteren Falle nicht ein Preiß für das Ganze, sondern die-

---

55) Vgl. *Calletius* l. c. c. V. (bei *Meermann* p. 336 sq.) und *Noodt* l. c. p. 361 sq.

56) Fr. 8. 16. pr. 42. 43. h. t. 21, 2.

ser für je die einzelnen Theile bestimmt war. Ist nämlich uno pretio das Ganze verkauft, so bildet die besondere Beschaffenheit des evincirten reellen Theiles den Maßstab für die Bestimmung der Eviktionssumme [57]).

Dagegen geht der Eviktionsanspruch des Käufers bei der actio emti stets nur auf das id quod interest, rem non esse evictam, auf die Vergütung des materiell erlittenen Schadens. Die Größe desselben wird nach der Zeit der Eviktion berechnet. Hierbei gibt der Kaufpreis keinen selbstständigen Maßstab ab, vielmehr ist der Werth der Sache zur Zeit der Eviktion entscheidend, der sich je nach der Verbesserung oder Verschlechterung, Vergrößerung oder Verminderung des Kaufobjekts verschiedentlich herausstellen kann. Außerdem kommt das an den Fortbesitz der Sache geknüpfte anderweite Interesse (z. B. Verwendungen, deren Ersatz vom Evincenten auf dem Wege der Retention nicht zu erlangen war, Früchte und sonstige Accessionen) in Betracht [58]).

Der Betrag des gesammten Interesses darf jedoch das Doppelte des Kaufpreißes nicht übersteigen [59]).

## §. 4.

### Fortsetzung.

Im vorigen §. wurden die Hauptunterschiede zwischen der actio ex stipulatu und der actio emti aufgeführt. Sie lassen sich sämmtlich darauf zurückführen, daß bei der ersteren lediglich die Formel der stipulatio pro evictione interposita in strenger Auslegung maßgebend ist, während die letztere über-

---

57) Fr. 13—15. 53. pr. 64. h. t. 21, 2.

58) Fr. 43. 45. pr. §. 1. de act. emt. 19, 1; fr. 8. 16. pr. 60. 66. §. 3. 70. h. t. 21, 2; c. 9. 23. h. t. 8, 45.

59) Fr. 43. 44. de a. e. v. 19, 1; c. un. de sent. quae pro eo quod interest prof. 7, 47. Vgl. Sell in seinen Jahrb. I, p. 183 sq. und Vangerow Lehrb. III. S. 49 ff.

haupt ein non habere licere emtori und einen daraus diesem erwachsenen Schaden voraussetzt.

Beide Klagen stimmen dagegen auch in einigen wesentlichen Punkten überein.

Zunächst sind beide erst alsdann statthaft, wenn die Tradition des Kaufobjekts erfolgt ist. Dem Käufer muß also das Behalten der Sache rechtlich unmöglich geworden sein, und vor der Tradition steht demselben nur die actio emti auf vacua traditio zu [60]).

Fr. 61. h. t. 21, 2:

> Si, quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, ***siculi si acceptam rem tradidissem***, placet.

Fr. 62. pr. eod:

> Si rem, quae apud te esset, vendidissem tibi, quia *pro tradita* habetur, evictionis nomine me obligari placet.

Deßhalb sind auch die Schlußworte in fr. 16. §. 1. eod., worin die Voraussetzungen der commissio stipulationis duplae aufgezählt werden,

> vel (cum) possessor ab emtore conventus absolutus est,

dahin zu verstehen, daß dem Käufer die Sache vorher tradirt, nachher aber deren Besitz ihm abhanden gekommen sei [61]), da ja ohne eine vorgängige Tradition der Sache der Käufer mit einer dinglichen Klage gegen den Dritten gar nicht auftreten, sondern lediglich gegen den Verkäufer auf Uebergabe der vacua possessio klagen könnte [62]).

Eine weitere Uebereinstimmung beider Klagen besteht darin,

---

60) C. 5. 24. h. t. 8, 45. *Calletius* l. c. ad leges 3. 5. 12. 24. (bei *Meermann* l. c. p. 319. n. 3).

61) Vgl. fr. 29. §. 1. h. t. 21, 2. und *Calletius* l. c. ad l. 7. c. III. (bei *Meermann* l. c. p. 335. n. 12).

62) Fr. 2. §. 1. de a. e. v. 19, 1.

daß bei denselben eine vollständige Durchsetzung des fremden Anspruches vorausgegangen sein muß.

Für die stipulatio duplae, welche nur nach einer Entwährung im Processe committirt wird, wurde deßhalb vorausgesetzt, daß der Dritte in diesem Processe eine obsiegliche Entscheidung erwirkt und diese (auf einem der für actiones arbitrariae möglichen beiden Wege) zum Vollzuge gebracht hat. Gab der Käufer auf den Grund dieser Entscheidung die Sache heraus oder zahlte er die litis aestimatio, so war die stipulatio verwirkt[63]), dieß war aber nicht der Fall, wenn die Entscheidung gegen den Käufer nicht zum Vollzuge kam oder kommen konnte[64]), wenn dieselbe außergerichtlich in Folge eines Compromisses durch einen Schiedsrichter gefällt war[65]), oder wenn es nicht einmal zu einem Processe kommen konnte[66]).

Bei der actio emti ist jene Durchsetzung des fremden Anspruches, weil jene Klage ganz allgemein das non habere licere ex causa emtionis ohne Beschränkung auf eine Entwährung im Processe voraussetzt, anders zu bestimmen. Es wird hier erfordert — auf Seiten des Dritten der Wille, sein besseres Recht an der Sache zur Geltung zu bringen, sei dieß im Wege des Processes oder außergerichtlich durch Anforderung an den Käufer, auf Seiten dieses letzteren die Anerkennung und Realisirung jenes Anspruchs, und zwar im Processe durch Befolgung des arbitrium iudicis und dem entsprechende Herausgabe der Sache oder durch Zahlung der unter den Gesichtspunkt eines vergleichsweisen Abkaufes[67]) fallenden litis aestimatio, oder außergerichtlich durch Befriedigung des Dritten (sei dieß Herausgabe der Sache oder ander-

63) Fr. 16. §. 1. 21. §. 2. 22. 35. h. t. 21, 2.

64) Beispiele in fr. 21. §. 2. 57. pr. §. 1. h. t. 21, 2.

65) Fr. 56. §. 1. h. t. 21, 2.

66) Beispiele in fr. 9. 24. 41. §. 1. h. t.

67) Fr. 46. de rei vind. 6, 1; fr. 21. §. 2. h. t. 21, 2; fr. 1. pro emt. 41, 4.

weite Abfindung mit demselben), da der Käufer zur Führung eines Processes nicht genöthigt ist, um die *actio emti* anstellen zu können [68]).

Fr. 29. pr. h. t. 21, 2:

Si rem, quam mihi alienam vendideras, *a domino redemerim*, falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, *quasi habere mihi rem liceret*, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego *ex alia causa* rem haberem.

Steht das bessere anderweite Recht dem Käuferselbst zu (für welchen Fall ja grade wegen Unmöglichkeit eines Processes und deßhalbiger Unzuständigkeit der actio ex stipulatu auf die actio emti recurrirt werden soll), so tritt das Moment der Anerkennung und Geltendmachung des anderweiten Rechts an der Sache in der Erhebung des Eviktionsanspruchs gegen den Verkäufer hervor [69]).

Es ist übrigens einleuchtend, daß überall dann, wenn die Durchsetzung des anderweiten Anspruchs außergerichtlich, also durch freiwillige Anerkennung des Käufers erfolgt, das Fundament der actio emti (rem non habere *licere* emtori) die Darlegung und den Nachweis des besseren Rechts dem Verkäufer gegenüber bedingt; denn dessen Entschädigungspflicht kann nicht durch reine Willkühr des Käufers geschaffen werden, und dieser, wenn gleich zum Processe über das bessere Recht des Dritten nicht verpflichtet, darf jenen doch in seinem eigenen Interesse nur im Falle offenbarer Nutzlosigkeit vermeiden.

Schließlich haben die actio ex stipulatu und die actio emti das Gemeinsame, daß beide ausgeschlossen sind, wenn der Käufer durch seine Handlungsweise den Obsieg des Dritten im Processe veranlaßt hat.

Fr. 27. h. t. 21, 2:

Hoc iure utimur, ut, exceptiones ex persona emtoris

---

68) Vgl. oben §. 3. unter Nr. 1.

69) Fr. 9. 41. §. 1. h. t. 21, 2; fr. 13. §. 15. 29. de a. e. v. 19, 1.

obiectae si obstant, venditor ei non teneatur, si vero ad personam venditoris respiciant, contra. Certe nec ex emto nec ex stipulatione duplae nec simplae actio competit emtori, si exceptio ei ex facto ipsius opposita obstiterit.

Als solche Handlungen des Käufers werden insbesondere bezeichnet die Wahl der unrichtigen Klage trotz Abrathens des Verkäufers, seine contumacia, das Nichtbenutzen der Appellation gegen eine ungerechte Sentenz, wenn der Verkäufer um den Proceß nicht wußte [70]), sowie der Nichtgebrauch zuständiger Vertheidigungsmittel [71]).

Ein Gleiches gilt von demjenigen außergerichtlichen Benehmen des Käufers, welches ihn außer Stand setzte, auf den Erwerbstitel hin ein den anderweiten Anspruch des Dritten ausschließendes Recht an der Sache zu erlangen. Hierher wird namentlich der freiwillige oder verschuldete Verlust des Besitzes gerechnet, wodurch eine Usucapion der Sache überhaupt oder wenigstens eine rechtzeitige Usucapion unmöglich geworden ist [72]).

## §. 5.

### Fortsetzung.

Als ein schuldvolles Handeln des Käufers, welches demselben im Falle seines Unterliegens im Eviktionsprocesse den Regreßanspruch ex stipulatione entzieht, wird noch insbesondere das Unterlassen der Litisdenuntiation an den Verkäufer aufgeführt.

Fr. 53. §. 1. h. t. 21, 2:

Si, quum possit emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum

---

70) Fr. 66. pr. 55. pr. 63. §. 1—2. h. t. 21, 2.

71) Arg. fr. 54. pr. und c. 19. h. t.

72) Fr. 29. §. 1. 56. §. 3. 76. h. t. 21, 2.

instructus esset, *hoc ipso videtur dolo fecisse*, et *ex stipulatu* agere non potest.

Dieß Unterlassen der Litisdenuntiation stellt sich in dem zwischen dem Käufer und dem Verkäufer durch den Abschluß der stipulatio pro evictione begründeten Rechtsverhältnisse als etwas Vertragswidriges dar; denn in die Stipulationsformel wurde als Voraussetzung der Ersatzleistungsverbindlichkeit die vorgängige Benachrichtigung des spondirenden Verkäufers vom Eviktionsprocesse aufgenommen.

Dieß ergibt sich aus folgender Stelle des Pomponius in fr. 29. §. 2. h. t:

> Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, *quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione*, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat [73].

Der innere Grund, weßhalb bei der ursprünglichen Bildung jener Stipulationsformel (und es läßt sich mit Sicherheit behaupten, daß dieselbe, nachdem sie im Leben und in der gerichtlichen Praxis sich bewährt, bei ihrem täglichen Gebrauche stereotyp geworden ist) der Verkäufer jene Benachrichtigung ausdrücklich sich ausbedungen hat, ist offenbar folgender. Der Käufer tritt lediglich in das Recht des Verkäufers an der Sache ein und letzterem sind selbstverständlich alle faktischen Verhältnisse, auf denen sein Realrecht basirt, besser bekannt als seinem Rechtsnachfolger. Wenn er nun gleich die Verpflichtung hat und diese im eigenen Interesse gewiß so viel als thunlich erfüllt, seinen Käufer mit jenen faktischen Verhältnissen bekannt zu machen und ihm die Beweismittel z. B. Kaufbriefe einzuhändigen, so ist es doch der Natur der Sache zufolge rein unmöglich, dem Käufer eine solche Instruktion von vorn herein zu ertheilen, welche ausreicht, allen möglichen, später zu

---

73) Auch die Schlußworte in fr. 37. §. 2. h. t. 21, 2. sind auf jene Verpflichtung zur Litisdenuntiation zu beziehen. Vgl. oben Note 11.

Tage tretenden Ansprüchen Dritter an der Sache wohl gerüstet entgegentreten zu können. In den meisten Fällen haben überdieß diese Ansprüche Dritter mit den faktischen Grundlagen des Rechtes des Verkäufers oder dessen Auktors einen Berührungspunkt. Das hier einschlagende Vertheidigungsmaterial richtet sich nach den faktischen Grundlagen des Angriffes, ließe sich also im Voraus gar nicht umfassend dem Käufer bezeichnen. Ist nun einerseits der Verkäufer als Vorbesitzer der Sache besser als der Käufer im Stande, den Obsieg des Dritten zu vereiteln[74]), so hat andererseits gerade er an der Betheiligung am Evitionsprozesse Behufs wirksamer Benutzung des Vertheidigungsstoffes das meiste Interesse, weil durch diesen Proceß der von ihm zu gewährende Fortbesitz des Käufers gefährdet wird. Zu jener Betheiligung ist die Kenntniß von dem Vorhandensein des Processes erforderlich und diese sicherte sich der Verkäufer bei Eingehung der Stipulation dadurch, daß er den Käufer zur deßhalbigen Benachrichtigung verpflichtete und hiervon seine eigene Ersatzleistungspflicht abhängig machte

Eben so entschieden wie in dem oben citirten fr. 53. § 1. h. t. wird in einer Codexstelle dem die Litisdenuntiation unterlassenden Käufer die actio ex stipulatu gegen den Verkäufer abgesprochen, nämlich in

c. 8. h. t. 8, 45:

Emtor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio, *neque ex stipulatu neque ex dupla* neque ex emto actionem contra venditorem vel fideiussorem eius habet.

Die Worte neque ex stipulatu beziehen sich, wenn man nicht die folgenden Worte neque ex als ein durch irrthümliche

74) Vgl. *Donellus* Comm. XIII, 2. (Frankfurt 1596) p. 137: cum enim agatur de re venditoris, potuit is melius scire, quid hic sui iuris esset, quas ad rem venditam tenendam defensiones aut probationes haberet.

Wiederholung veranlaßtes Einschiebsel ansehen, sie deßhalb streichen und statt *dupla*, wie sich auch in einem Manuscripte findet, *duplae* lesen will, auf eine etwa abgeschlossene stipulatio quanti interest oder simplae, und es entspricht alsdann diese Ausdrucksweise ganz der in fr. 27. h. t. von Pomponius gebrauchten.

Jene Entscheidung, wonach dem Käufer bei unterlassener Litisdenuntiation das Klagerecht aus der Stipulation abgesprochen wird, ist ganz consequent; denn wenn der Käufer die ihm auferlegte Verpflichtung, den Streit zu verkündigen, von welcher die Ersatzpflicht des Verkäufers abhängig gemacht worden ist, nicht erfüllt, so wird sein Recht auf Ersatz nicht existent. Ist die Erfüllung dieser Verpflichtung dem Käufer ohne sein Verschulden unmöglich geworden, mag nun daran der Verkäufer schuld sein oder nicht[75]), so gilt die Obligation als erfüllt[76]), und es steht dem Käufer die actio ex stipulatu zu.

Die in Römischer Sitte wurzelnde Verpflichtung des Verkäufers, die dupla für den Eviktionsfall zu promittiren, ist, wie der Gebrauch des Versprechens in Stipulationsform überhaupt, mit der Reception des Römischen Rechts nicht in Uebung gekommen[77]).

---

75) Fr. 55. §. 1. 56. §. 5—6. h. t. 21, 2.

76) Mein Aufsatz im Arch. f. civ. Pr. Bd. XXXIV. S. 112 ff.

77) Vgl. *Calletius* l. c. praef. n. 8: Hinc colligi potest ratio, quare hodie venditor evictionis nomine non condemnatur in duplum, quia, cum exoleverit nec dupla in venditionibus promittatur, venditor ex sententia iuris condemnandus est tantum in id quod interest; *Pothier* du contrat de vente n. 101: cette action ex stipulatione duplae n'est pas connue dans notre droit français; *Huber* prael. ad Pand. 21, 2. n. 2; *Schilter* Exerc. 34. §. 20; *Carpzov* Def. P. II. c. 34. def. 30. n. 2; *Pufendorf* Obs. iur. univ. T. I. obs. 35. §. 1; *Brunnemann* Comm. in Pand. ad fr. 37. §. 1. h. t.; *Berger* Oec. iur. III. 8, 5, 2. Daß freie Partheiberedung noch heut zu Tage zuläßig ist, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. Müller l. c. §. 13.

Um so wichtiger ist deßhalb die Frage, ob nicht dem Käufer, der im Eviktionsprozesse die Streitverkündigung an seinen Auktor unterlassen, wenigstens die actio emti zur Geltendmachung seiner Ersatzansprüche gegen den Verkäufer zustehe.

Diese Frage ist von jeher sehr bestritten gewesen.

Dafür, daß der Verkäufer bei unterlassener Litisdenuntiation dem Käufer für Eviktion nicht hafte und dem letzteren die Regreßklage abzusprechen sei, entschieden sich schon die Glosse zu l. emtorem (fr. 11. §. 12.) de act. emti vend. 19, 1, Bartolus, Salicetus, Albericus, Angelus Aretinus, Decius, der diese Ansicht für die allgemein herrschende erklärt, und von den Spätern z. B. Donellus und Huber[78]).

Dagegen wurde die Ansicht, daß die Litisdenuntiation das Regreßrecht dem Auktor gegenüber nicht bedinge und daß sie deßhalb im Eviktionsprocesse unterbleiben könne, in diesem Falle jedoch derjenige, dem die Sache evincirt sei, dem Regreßpflichtigen gegenüber das bessere Recht des Evincenten nachweisen müsse, eben so frühe von einer Reihe von Schriftstellern vertheidigt.

Hierher gehören insbesondere Didacus Covarruvias, der diese Ansicht für die communis opinio erklärt, Caballinus, Guterius, welche sich alle auf frühere Autoritäten berufen (z. B. außer auf die Glosse zu c. 2. de contr. ind. tut. 5, 58, auf Baldus, Angelus, Matthäus de Affliktis, Paulus Castrensis) Calletius, Ummius, Carpzov, Voetius, Martinus und Pothier[79]).

---

78) *Bartolus*, *Salicetus* ad fr. 11. §. 12. de a. e. v. 19, 1; *Albericus* ad fr. 19. §. 3. de reg. gest. 3, 5; *Angelus Aretinus* ad §. 5. J. de emt. 3, 23; *Decius* Consil. 74. i. f.; *Donellus* Comm. XIII, 2. p. 137; *Huber* prael. ad tit. 21, 2. n. 13. 15.

79) *Covarruvias* Var. resol. III. c. 17. n. 6; *Caballinus* l. c. §. 3. n. 74 sq. und add. novae s. v. evincentis und lex emtor sowie derselbe (*Molinaeus*) Consuet. Paris tit. 1. art. 44.

Neuerdings wird nach dem Vorgange von Fachinäus, Brunnemann, Lauterbach, Leyser, Berger und Pufendorf [80]) allgemein der Grundsatz aufgestellt, daß in der Regel die Litisdenuntiation zur Erhaltung des Regreßrechts erfolgen müsse und nur ausnahmsweise dann unterbleiben dürfe, wenn dieselbe wegen Hoffnungslosigkeit der Sache im Eviktionsstreite doch vergeblich gewesen wäre [81]).

Wie bereits oben bemerkt, halte ich die zweite Ansicht für die richtige.

Eine Verpflichtung zur Litisdenuntiation wird von denen, welche diese Proceßhandlung für eine wesentliche Voraussetzung des Regreßanspruchs erklären, aus der schon oben citirten c. 8. h. t. 8, 45 entnommen, worin dem, die Litisdenuntiation verabsäumenden, Käufer sowohl die actio ex stipulatu als die *actio emti* abgesprochen wird.

Ist eine stipulatio pro evictione vorangegangen, so stellt sich, wie oben erwähnt, das Unterlassen der Streitverkündigung als eine Vertragswidrigkeit, als Nichterfüllung einer von dem Verkäufer dem Käufer auferlegten Verbindlichkeit dar.

---

n. 25; *Guterius* de contr. iuratis c. 61. n. 18. (im tract. tract. T. VI. P. II. p. 110); *Calletius* l. c. ad l. 7. c. 1. n. 6. c. 3. n. 9; *Ummius* Disp. XI, 6, n. 21; *Carpzov* Def. for. I. c. 3. def. 24. und Resp. III, resp. 15. n. 15; *Voetius* Comm. ad Dig. 21, 2, n. 22; *Martinus* Comm. for. tit. XIV. §. 1. n. 10; *Pothier* du contr. de vente n. 94—95.

80) *Fachinaeus* Contr. iur. II. c. 37; *Brunnemann* Proc. civ. c. 11. n. 11; *Lauterbach* Coll. th. pr. 21, 2, n. 29; *Leyser* Med. Sp. 241. m 7; *Pufendorf* Obs. II. cls. 35 §. 15.

81) Vgl. Gönner Handb. I. S. 361 fg.; Danz l. c. §. 473. n. a. Heffter l c. §. 501; Bayer l. c. p. 51—55; Linde l. c. §. 112. h. 5; Schmid l. c. I. p. 164. — Glück Commentar B. 20. p. 401 sq.; Thibaut System des Pand. Rechts (7. Ausg.) §. 188; Wening-Ingenheim Lehrbuch II. §. 361. n. 7; Mühlenbruch Pand. II. §. 398. Puchta Pand. §. 362; Vorles. II. p. 204.

Anders verhält es sich in dem Falle, wenn eine solche Stipulation nicht abgeschlossen ist oder das dadurch begründete Rechtsverhältniß außer Betracht bleibt, wenn also mit der actio emti innerhalb des Gebietes der durch das Kaufgeschäft erzeugten Verpflichtungen der Regreßanspruch verfolgt wird. Hier erscheint jene Versäumniß als ein Verschulden in der dem Käufer obliegenden Proceßführung und hat den Verlust des Regreßrechts gerade so zur Folge, wie jedes sonstige, den Verlust des Eviktionsprocesses bewirkt habende, proceßwidrige Verhalten z. B. contumacia oder Versäumung der Appellationsfatalien.

Ein Verschulden, welches sich in dem Falle, wenn der Käufer den Proceß ohne die nöthigen Vertheidigungsmittel geführt und deßhalb verloren hat, als dolus charakterisirt [82]), ist die Unterlassung der Litisdenuntiation deßhalb, weil der Auktor als Vorbesitzer der Sache, wie oben ausgeführt worden, von dem Umfange seines auf den Käufer übertragenen Rechts bessere Kenntniß und deßhalb die geeigneten Vertheidigungswaffen gegen fremde Ansprüche in der Hand hat und hiermit vermöge seiner Verpflichtung aus dem Kaufgeschäfte, dem Käufer den ruhigen Fortbesitz der Sache zu sichern, demselben beistehen muß.

Gibt letzterer seinem Auktor von dem Eviktionsprocesse zeitig Kenntniß und verlangt er seinen Beistand, so wendet er den Vorwurf ab, ein Mittel zur Beschaffung des Vertheidigungsapparates verabsäumt zu haben und der ungünstige Ausgang des Rechtsstreites ist, es mag nun der Auktor den Beistand geleistet haben oder nicht, der Beweis dafür, daß dieser seiner Obligation zuwider, den Rechtsnachfolger gegen den besseren Anspruch eines Dritten nicht geschützt habe oder nicht habe schützen können. Auf die Thatsache der erfolgten Litisdenuntiation und auf den Inhalt des Erkenntnisses gründet hier

82) Fr. 53. §. 1. h. t. 21, 2.

der Käufer der Verpflichtung des Auktors gegenüber, ihn mit Erfolg zu vertheidigen, das Fundament seines Ersatzanspruchs auf das id quod interest, rem habere licuisse.

Unterbleibt dagegen die Streitverkündigung, hat also der Auktor entweder gar keine Kenntniß vom Eviktionsprocesse oder doch keine Veranlassung, seinem Rechtsnachfolger den von diesem nicht gewünschten Beistand zu leisten, so berührt das Erkenntniß im Eviktionsprocesse das Obligationsverhältniß zwischen dem Auktor und dem Successor in keiner Beziehung, weder in Bezug auf die Qualification des übertragenen Rechts an der Sache im Vergleich mit dem Anspruche des Evincenten, noch in Bezug auf seine Defensionspflicht; denn das Erkenntniß ist res *inter alios* iudicata und die eine Parthei hat den Beistand nicht verlangt. Es kann also der Successor aus jenem Erkenntnisse dem Auktor gegenüber nicht deduciren, dieser habe die Eviktion nicht verhindert. Jener Eviktionsproceß und das erfolgte Erkenntniß beweisen dem Auktor gegenüber mehr nicht, als daß ein Dritter einen Anspruch an der Sache erhoben und gegen den Successor durchgesetzt hat. Beides genügt jedoch nicht zu dem Fundamente des Ersatzanspruchs wegen des rem non habere licere.

Bindet das Erkenntniß im Eviktionsprocesse den Auktor nicht, steht also die Befolgung desselben Seitens des Successors der außergerichtlichen Befriedigung des dritten Anspruchs dem Auktor gegenüber gleich, so kann der Successor ohne die offenbarste Ungerechtigkeit und Inconsequenz nicht in eine schlimmere Lage versetzt werden, wenn er einen Widerstand gegen den Dritten versucht hat, statt alsbald und ohne die Chançe eines Processes dem Anspruche des Dritten zu weichen. Zu Letzterem ist er zweifellos befugt, da er zur Führung eines erfolglosen oder von ihm für voraussichtlich erfolglos gehaltenen Processes nicht verpflichtet ist. Läßt er es nicht zum Processe kommen, so hat er Behufs Regreßnahme gegen den Auktor die actio emti, welche, wie oben (§. 3.) gezeigt, nicht an die Führung des Eviktionsprocesses geknüpft ist, sogar grade für

Fälle, in denen ein solcher Rechtsstreit unmöglich ist, gegeben wird, und deren Fundament lediglich in der Darlegung besteht, rem ex *causa emtionis* non habere licere, oder (positiv dem concreten Falle angepaßt) das Recht des Dritten an der Sache sei stärker als das vom Auktor auf den Successor übertragene. Gelingt dieser Beweis, vermag also der Auktor nicht mit dem ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungsmaterial sein Recht als das stärkere aufrecht zu erhalten, so wäre damit zugleich, wenn dieß überhaupt in Betracht kommen könnte, der Beweis geliefert, daß er im Falle eines Eviktionsprozesses seinen Successor nicht hätte wirksam vertheidigen, also seine Verpflichtung als Auktor nicht hätte erfüllen können; gelingt er dagegen nicht, so stellt sich zugleich der Verzicht auf den Proceß und auf den Beistand des Auktors als ein das Regreßrecht ausschließendes Verschulden des Successors dar.

Dieselbe Berechtigung zur actio emti mit der nämlichen Verpflichtung zum Nachweise deren Fundamentes muß man dem im Eviktionsprocesse ohne Litisdenuntiation besiegten Successor einräumen. Gelingt hier der Nachweis des besseren Rechts des Evincenten an der Sache dem Auktor gegenüber, so ist hiermit das vitium in iure transferentis nachgewiesen, für dessen Folgen der Auktor einzustehen hat, und hätte derselbe aus der Unterlassung der Litisdenuntiation im vorangegangenen Eviktionsprocesse den Stoff zu einer exceptio propriae culpae im Regreßstreite entnommen, so wäre diese Einrede in ihrem Fundamente rechtlich unbegründet, weil jener Proceß den nicht hereingezogenen Auktor nicht berührt, ihm also sowenig schadet als nützt, und weil auf den unglücklichen Ausgang des Eviktionsstreites der Käufer seine Klagintention nicht basiren konnte und auch nicht basirt hat. Die Zulässigkeit der Einrede aber auch unterstellt, so wäre sie durch die in jenem Nachweise des besseren Rechtes des Evincenten implicite enthaltene Replik der Nutzlosigkeit der Litisdenuntiation im Eviktionsstreite beseitigt. Gelingt dagegen dieser Nachweis nicht, so fällt mit dem Nichtvorhandensein eines vitium in iure transferentis das Fundament des Ersatzrechts

weg und es kommt auch hier die im Eviktionsprocesse unterlassene Streitverkündigung nicht in Betracht. Wäre aber auch daraus eine Einrede im Regreßstreite formirt und zu berücksichtigen, so wäre das Verschulden implicite klar erwiesen.

Es läßt sich noch ein weiterer äußerer Grund für die Berechtigung des Successors zur actio emti anführen. Wäre demselben im Falle unterlassener Litisdenuntiation die Regreßklage abgeschnitten, so würde er diesen Nachtheil einfach dadurch abwenden können, daß er durch freiwillige Befriedigung des Gegners dem verurtheilenden Enderkenntnisse, bis zu dessen Erlaß von einer gerichtlichen Eviktion nicht die Rede sein kann, vorbeugte. Dieß stünde einer außergerichtlichen Befriedigung ganz gleich und es würde dem Successor die actio emti nicht zu versagen sein. Daß aber die richterliche Sentenz, welche lediglich Dasjenige anerkennt und zur Exekution hinführt, was der Successor auch freiwillig anerkennen und realisiren kann, die Regreßklage ausschließe, dafür läßt sich gewiß kein Grund absehen.

Kommt bei unterlassener Litisdenuntiation der Eviktionsproceß und dessen Entscheidung dem Auktor gegenüber gar nicht in Betracht, so folgt daraus, daß der Successor in dem Processe über die Eviktionsleistung selbstständig den Nachweis des besseren Rechtes des Dritten liefern muß, ohne daß er einerseits lediglich auf den deßhalbigen (vielleicht für den jetzigen Richter ungenügenden) Stoff des Eviktionsprocesses Bezug nehmen kann, andrerseits aber auch ohne daß er darauf beschränkt ist. In gleicher Weise hat auch der Richter eben so unabhängig den Vertheidigungsapparat des Auktors zu beurtheilen und sich nicht etwa lediglich der Prüfung zu unterziehen, ob jener Vertheidigungsstoff den vom Evincenten im früheren Processe gelieferten Nachweis seines Rechtes an der Sache zu beseitigen geeignet gewesen wäre, so daß also auf die früheren Akten nicht recurrirt werden darf[83].

Hält man die obige auf die Voraussetzungen der actio

83) Die entgegenstehende Ansicht vertheidigen Glück, Danz und

emti basirte Argumentation für richtig, so wird man den Ausspruch der c. 8. h. t., daß der Käufer bei unterlassener Streitverkündigung weder die Stipulations- noch die Kaufklage anstellen könne, bezüglich der letzteren dahin deuten müssen, daß er die erlittene Eviktion nicht zur Grundlage seines Regreßanspruches machen könne. Nur durch diese restriktive Interpretation vermeidet man den sonst unauflöslichen Widerspruch mit den zahlreichen Stellen, welche eine gerichtliche Eviktion überhaupt nicht für ein Erforderniß der actio emti erklären.

Zwei andere Stellen, welche man ebenfalls für die Nothwendigkeit der Litisdenuntiation geltend gemacht hat, werden dann ebenso zu erklären sein. Es sind dieß die c. 1. de per. et comm. rei vend. 4, 48:

> Auctor ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, *et ita, si ei denuntiatum est, ut causae agendae adesset*, et non absente emtore contra eum pronuntiatum est.

und die c. 20. h. t. 8, 45:

> Emti iudicio pro evictione si conveniri coeperitis, nec vobis ut defendatis negotium denuntiatum probetur, intelligitis, quatenus vosmetipsos tueri debeatis.

In beiden Stellen ist zu supponiren, daß der Käufer lediglich die Eviktion im früheren Processe mit dem Dritten zur Grundlage seines Regreßanspruches genommen hat und hiergegen schützt die exceptio culpae, nämlich non denuntiatae litis.

Daß die Nothwendigkeit der Litisdenuntiation auch aus dem fr. 53. §. 1. h. t. [84]), worin deren Versäumniß dem wegen

---

Gönner ll. cc. Bei Erörterung der Stelle, welche dafür in Bezug genommen wird, nämlich des fr. 11. §. 12. de act. emti (19, 1) werde ich auf diese Ansicht zurückkommen.

84) Si, quum possit emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere non potest.

ungenügender Vertheidigung unterlegenen Käufer als dolus imputirt wird, nicht zu folgern steht, bedarf keiner weiteren Ausführung. Diese Stelle ist früher sogar von Bartolus und Decius dazu benutzt worden, eine praesumtio culpae emtoris und zwar iuris et de iure zu statuiren!

Wenn sodann noch von Bayer auf fr. 62. §. 1. h. t.:

> Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes extiterunt, una de evictione obligatio est, *omnibusque denuntiari* et omnes defendere *debent.*

Bezug genommen wird, so läßt sich auch daraus eine Nothwendigkeit der Litisdenuntiation nicht herleiten, weil in dieser Stelle eben so, wie in fr. 85. §. 5. de verb. obl. 45, 1:

> In solidum vero agi oportet et partis solutio affert liberationem, cum *ex causa evictionis* intendimus; nam auctoris heredes in solidum *denuntiandi sunt* omnesque debent subsistere.

und in dem mit diesem fast gleichlautenden fr. 139. eod.:

> Cum ex causa *duplae stipulationis* aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes *conveniendi* (d. i. denuntiandi) *sunt.*

von der stipulatio duplae die Rede ist, wobei der Käufer sich zur Litisdenuntiation als Voraussetzung seines Regreßanspruchs verpflichtete[85]).

Die außerdem von Bayer noch citirten c. 9. und 23. h. t. (8, 45) enthalten bloß eine Anweisung des Käufers zur Streitverkündigung.

Wie sich aus unseren Quellen nicht nachweisen läßt, daß die Litisdenuntiation eine unumgängliche Bedingung des Regreßrechts sei, so kann auch die von dieser Regel statuirte Ausnahme, daß sie unterbleiben könne, wenn im Eviktionsprocesse der Beistand des Auktors nachweislich Nichts gefruchtet hätte, nicht aus dem dafür benutzten Quellenzeugnisse hergeleitet werden.

---

85) Ribbentrop, Correalobl. S. 199.

Dieß ist nämlich das fr. 11. §. 12. de act. emti 19, 1: Idem (Neratius) libro secundo Responsorum ait, emtorem noxali iudicio condemnatum ex emto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. Idemque putat, et si *ex stipulatu* aget, et sive defendat noxali iudicio, sive non, *quia manifestum fuit, noxium servum fuisse:* nihilominus vel *ex stipulatu* vel ex emto agere posse.

Diese Stelle handelt von der stipulatio furtis noxisque solutum esse mancipium und ermangelt deßhalb aller Beweiskraft, weil diese stipulatio ihrem Gegenstande nach von der stipulatio pro evictione verschieden ist und weil der im noxale iudicium verfolgte Anspruch nicht auf Eviktion abzielt. Es bedarf deßhalb auch nicht der, ohnehin gewagten, Erklärung von Voet[86], daß nämlich darin nicht gesagt sei, der Käufer habe die Streitverkündigung verabsäumt, diese also auch als erfolgt angesehen werden könne.

Wenn ein Sklave eine noxa begangen hatte, so war dieß ein vitium, welches beim Verkaufe der Verkäufer dem ädilicischen Edikte gemäß anzeigen mußte[87].

Wie hierdurch zur Sicherstellung des Käufers aller Streit um die Kunde oder Unkunde des Verkäufers bezüglich dieses Fehlers abgeschnitten war, so diente zu demselben Zwecke die weitere Vorschrift, daß dieserhalb der Verkäufer zur Eingehung einer stipulatio (duplae vel simplae des quanti interest, servum noxa solutum fuisse) verpflichtet sei[88].

Diese Stipulation war alsdann committirt, wenn der Sklave noch mit einem Anspruche wegen Noxa behaftet, also

---

86) Comm. ad Dig. XXI. 2. §. 22.

87) Fr. 1. §. 1. 17. §. 17. de aed. ed. 21, 1.

88) Fr. 28. de aed. ed. 21, 1; fr. 11. §. 1. 16. §. 2. h. t. 21, 2; c. 14. de act. e. v. 4, 49; Theophilus ad §. 2. J. de div. stip. 3, 18.

noxali iudicio subiectus war[89]), und der Käufer dieserhalb den Beschädigten (durch noxae deditio oder Ersatzleistung) befriedigt hatte, ohne daß die letztere Voraussetzung von dem Ausgange eines deßhalbigen **Processes** abhing, wie dieß unbedingt für die stipulatio pro evictione erforderlich ist. Dieß ergibt sich zur Genüge daraus, daß sie auch dann verwirkt ist, wenn ein Noxalproceß unmöglich, z. B. der Beschädigte Erbe des Käufers geworden ist[90]).

---

89) Fr. 17. §. 17. de aed. ed. 21, 1; fr. 174. de verb. sign. 50, 16.

90) Fr. 30. h. t. 21, 2: Si emtori, qui stipulatus sit, *furtis noxisque solutum esse*, heres extiterit is, cui servus furtum fecerit, *incipit* is ex stipulatu actionem habere, *quemadmodum si ipse alii praestitisset*. Die hier eingetretene Confusion ist ein zwar nicht den objectiven Bestand der Obligation vernichtender, aber unter den Subjekten derselben ipso iure und gleich der Zahlung (mit welcher sie die Römischen Juristen ebenso, wie mit der acceptilatio, vergleichen) wirkender Aufhebungsgrund. Vgl. fr. 21. §. 1. de lib. leg. 34, 3; fr. 95. §. 2. de sol. 46, 3; fr. 21. §. 3. 71. de fideiuss. 46, 1; Gai. 4, 78; §. 6. J. de nox. 4, 8; fr. 37. eod. 9, 4 und insbesondere fr. 41. §. 2. de ev. 21, 2. (quum debitor creditori suo heres extiterit, ratio quaedam inter heredem et hereditatem ponitur, et intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire *quasi soluta pecunia, quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse*; et ex contrario, quum creditor debitori suo extitit heres, *minus in hereditate* habere videtur, *tamquam ipsa hereditas solverit*); Büchel Erört. II. S. 31 f.; meine Abh. im A. f. c. P. XXXIV. S. 118 f. Von der nämlichen Stipulation handelt auch das fr. 4. pr. de a. e. v. 19, 1: Si servum mihi ignoranti *sciens*, furem vel noxium esse, vendideris, *quamvis duplam promiseris*, teneris mihi ex emto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu *eo nomine* agere tecum non possum, *antequam mihi quid abesset*. Müller l. c. p. 274 sq. bezieht diese Stelle mit Unrecht auf die stipulatio pro evictione, vielmehr weisen die den Worten quamvis etc. angewiesene Stellung, die Restriktion der Stipulationsklage auf die Noxalhaftung in den Worten eo nomine und die allgemeine Fas-

Grade auf diese Irrelevanz einer Proceßführung beziehen sich in der obigen Gesetzesstelle die Worte sive defendat noxali iudicio sive non. Die folgenden Worte quia manifestum fuit servum noxium fuisse gehören zu den unmittelbar vorhergehenden und enthalten das Motiv der unterlassenen defensio, der Weigerung, das iudicium im Noxalstreite zu übernehmen.

Hätte Neratius darin den Rechtfertigungsgrund für die Zulässigkeit der actio ex stipulatu oder emti gefunden, wie die Basiliken (XIX, 8, 10. ed. Heimb.) annehmen, so würde er sie hinter nihilominus als Zwischensatz eingeschoben oder ganz an den Schluß gesetzt haben.

Betrachtet man sodann noch das Wesen des noxale iudicium, so wird man darauf hingeführt, daß der ungünstige Ausgang desselben den Käufer gar nicht zu einem Anspruche auf Eviktionsleistung gegen den Auktor berechtigt. Dieser basirt darauf, daß dem Käufer die Sache selbst wegen eines dinglichen

---

fung der Schlußworte, welche auch eine außergerichtliche Befriedigung des Noxalberechtigten in sich begreifen, auf die stipulatio furtis noxisque solutum esse hin. Von der stipulatio pro evictione, welche im Falle des dolus des Verkäufers gleich der stipulatio furtis noxisque solutum esse noch nicht alsbald committirt ist, heißt es direkt, sie stehe nicht zu, *priusquam evincatur* (fr. 21. pr. h. t. 21, 2 vergl. mit fr. 30. §. 1. de a. e. v. 19, 1). Durch die beiden obigen Stellen wird die Ansicht Müller's l. c. p. 277. widerlegt, der dem Käufer schon mit dem Augenblicke der ihm bekannt gewordenen Noxabehaftung den Anspruch auf die versprochene dupla der Werthdifferenz einräumt, während derselbe vor der Befriedigung des Noxaberechtigten nur im Falle eines dolus seines Verkäufers mit der actio emti auf das quanti eius interest sciisse klagen kann, und jene Ansicht wird durch die von ihm angeführten Stellen (fr. 44. §. 2. de aed. ed. 21, 1. und fr. 16 §. 2. de evict. 21, 2.) nicht bestätigt; denn beide sprechen von andern Mängeln (morbus, fuga), deren Vorhandensein ohne Weiteres zur Verwirkung der deßhalbigen Stipulation genügt (fr. 31. h. t. 21, 2).

Anspruchs an derselben entwährt worden sei, rem oder ius in re ei non habere licere. Der Anspruch des Dritten muß also ein dinglicher sein, und nur derartige Klagen werden in den Quellen als Eviktionsklagen aufgeführt. Im iudicium noxale ist der Anspruch lediglich auf pecuniären Schadensersatz gerichtet, dieser ist *in obligatione* und *in petitione*, die noxae deditio dagegen lediglich *in solutione*, eine Befugniß des Verklagten, deren er auch zur Strafe verlustig gehen kann [91]).

Hieraus erklärt es sich auch, daß für den Regreßanspruch des im noxale iudicium unterlegenen Käufers der in diesem zuerkannte Schadensbetrag maßgebend ist, indem er vom Verkäufer nur soviel erstattet erhalten kann, quanti *minimo* defungi potuit.

In dem noxale iudicium kam also nicht die für die Eviktionsleistung entscheidende *pronuntiatio cum arbitratu iudicis* vor, es wurde der condemnatio nur eine die noxae deditio freistellende adiectio gegeben [92]).

Man kann hiernach eine Ausnahme von der Nothwen-

---

91) Pr. J. si quadr. 4, 9; §. 2. J, de nox. act. 4, 8; fr. 1. 2. pr. 5. pr. de nox. act. 9, 4; fr. 6. §. 1. de re iud. 42, 1: fr. 17. §. 18. de aed. ed. 21, 1. — Fr. 1. §. 15. si quadr. 9, 1; fr. 22. §. 4. de nox. act. 9, 4; fr. 20. §. 5. de her. pet. 5, 3. Vgl. v. Vangerow, Lehrbuch III. S. 583 f.

92) Es kam also nicht etwa zu einer Vorsentenz, wie bei einer actio arbitraria. Dieß ergibt sich klar aus dem fr. 1. de nox act. 9, 4: Quarum actiouum vis ac potestas haec est, ut, *si damnati fuerimus*, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem und aus fr. 20. §. 5. de her. pet. 5, 3: Tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, *quamdiu iudicati conveniatur*, *post susceptum iudicium* non potest noxae dedendo se liberare. Es lief also dem Verurtheilten die Judikats-Zahlungsfrist auch für die Benutzung der facultas alternativa. Vgl. fr. 6. §. 1. de re iud. 42, 1.

digkeit der Litisdenuntiation im Eviktionsprocesse nicht aus einer Stelle herleiten, welche von einem solchen Processe nicht handelt[93].

---

93) Vgl. *Calletius* l. c. 3. n. 6 sq. A. M. ist Müller l. c. p. 255 sq., welcher in einer ausführlichen Erörterung sich dafür entscheidet, daß die Noralklagen zu den eine Eviktion begründenden Klagen gehören. Eine umfassende Entgegnung entspricht nicht dem Gegenstande und Zwecke dieser Abhandlung, weßhalb hier nur die Hauptpunkte hervorgehoben werden sollen.

Die Aedilen stellen die Norabehaftung mit den vitia corporis et animi zusammen, sie erstrecken auf diese sämmtlichen Mängel die Verpflichtung des Verkäufers zur Eingehung der Stipulation und in gleicher Verbindung gedenkt *Varro* de re rust. II. 10. §. 5. der stipulatio, servum sanum esse, furtis noxisque solutum, indem er von dieser die promissio duplae im Falle unterlassener Mancipation (also zur Garantie gegen Eviktion) abscheidet. Die nämliche Zusammenstellung findet sich für Stipulationen über Thierkäufe bei *Varro* l. c. II, 5. §. 10. 6. §. 3. 9. §. 7. Dagegen scheint die stipulatio pro evictione im Aedilicischen Edikte nicht aufgeführt zu sein, während dasselbe wegen Verweigerung der Stipulation für die ediktsmäßigen Mängel die actio redhibitoria oder emti verleiht (fr. 28. h. t. 21, 1.), und das Klagerecht des Käufers auf die Stipulation wegen Eviktion scheint lediglich der Doktrin seinen Ursprung zu verdanken, fr. 31. §. 20. de aed. ed. 21, 1, fr. 11. §. 8. de a. e. v. 19, 1. Die Stipulationen aus dem Edikte sichern den Käufer gegen Mängel, die dem Kaufobjekte selbst ankleben, während die stipulatio pro evictione ihn gegen ein vitium *in iure* transferentis und gegen einen Ausfall in der Form des Contraktsabschlusses, die fehlende Mancipation, schützt.

Den ungünstigen Ausgang eines Noxalprozesses konnten die Römischen Juristen nicht nach den Grundsätzen über Eviktion beurtheilen. Die noxae deditio nicht: denn der servus noxius ist bei einem solchen Rechtsstreite nicht in lite, es paßte deßhalb auch nicht auf ihn der Rechtsbegriff von *evincere*, durch richterliche Zusprechung und in Gemäßheit eines arbitrium iudicis erlan-

Hierzu kommt noch, daß diese Stelle nicht einmal den Beweis liefern kann, daß die Sachlage im Eviktionsstreite für die Beurtheilung des Richters im Regreßprocesse maßgebend

---

gen; vielmehr ist diese noxae deditio lediglich die vom Gesetze ertheilte Befugniß eines vollständig liberirenden solvere aliud pro alio. Noch weniger aber die Zahlung der litis aestimatio; denn diese, das einzige Streitobjekt, ist nur der pecuniäre Anschlag des gestifteten Schadens und darin ist nicht der Geldwerth des servus noxius einbegriffen, wie dieß in wirklichen Eviktionsfällen stets der Fall ist, wo die litis aestimatio der Inbegriff aller Vortheile ist, welche der Kläger im Falle einer vor der Litiscontestation erfolgten freiwilligen Herausgabe der streitigen Sache gehabt haben würde, also der Werth der letzteren einbegriffen sein muß, fr. 20. de rei vind. 6, 1. Die Erlegung dieser Litisästimation läßt sich also nicht als Bedingung des habere licere des Sklaven ansehen, als Abfindung für dessen Fortbehalten, und der Gesichtspunkt einer secunda emtio würde hier geradezu unmöglich sein, weil der Noxalberechtigte weder ein Eigenthumsrecht am Sklaven hat noch im Rechtsstreite zugesprochen erhält. Auch ist die Ansicht Müller's unrichtig, daß im Falle der Zahlungsweigerung es zu einer ductio servi gekommen sei, da diese nur dann eintritt, wenn der Verklagte die Uebernahme des iudicium noxale verweigert oder in iure nicht erscheint, fr. 21. pr. 29. 32. 33. 26. §. 6. 39. §. 3, 4. de nox. act. 9, 4; fr. 2. §. 1. si ex nox. c. a. 2, 9.; fr. 6. de Publ. 6, 2. Eine direkte Exekution fand zur Zeit der klassischen Jurisprudenz im Formularprocesse nicht einmal beim Vindikationsstreite, worin doch die Sache selbst Streitobjekt war, geschweige denn im Noxalprocesse statt, vgl. Keller, Röm. Civilpr. §. 66—67.

Daß die Römischen Juristen den ungünstigen Ausgang eines Noxalprocesses nicht als eine Eviktion des Sklaven angesehen und behandelt haben, zeigt sich beim generellen Damnationslegate. Hier hat der Legatar im Falle der Eviktion des geleisteten Sklaven die actio ex testamento auf Lieferung eines andern, weil der Erbe durch die frühere ungültige Leistung nicht liberirt ist und es wird deßhalb dem Legatar das Recht auf eine stipulatio pro evictione ab-

sein müsse, ob dem Auktor gegen den dort geltend gemachten Anspruch des Evincenten eine ausreichende Vertheidigung zu Gebote gestanden habe.

---

gesprochen, fr. 58. de ev. 21, 2; fr. 71. §. 1. de leg. 1; fr. 29. §. 3. de leg. 3; dagegen wird ihm das Recht auf die Stipulation wegen Noxabehaftung eingeräumt, offenbar weil die noxae deditio kein Eviktionsfall ist, fr. 45. §. 1. de leg. 1.

Dem Effekte nach steht allerdings der im Noxalprocesse Verurtheilte in dem Falle, wenn die Litisästimation den Werth des Sklaven übersteigt, dem zur Herausgabe der Sache verurtheilten Eviktus gleich, der bei Verweigerung dieser Herausgabe eine vom iuramentum in litem abhängige, viel höhere Aestimation zu gewärtigen hat. Beide werden im eigenen Interesse hier lieber den Sklaven hingeben wollen, Jener durch Benutzung der Befugniß zur noxae deditio, dieser durch Befolgung des arbitratus iudicis. Mit Rücksicht auf eine solche Alternative, worin der Besitzer des servus noxius dessen Hingabe dem höheren Geldverluste vorziehen wird, bezeichnet Pomponius im fr. 45. §. 1. de leg. 1. den Ausgang des Noxalprocesses als einen solchen, in quo *evenit*, quominus habere liceat eum domino und stellt Marcellus in fr. 72. §. 5. de sol. 46, 3 den fideicommissarisch frei zu lassenden Sklaven mit dem servus nondum noxa solutus zusammen und einem vispellio vel alias turpis servus gegenüber, qui auferri non potest. In derselben Bedeutung, daß das Fortbehalten des Sklaven faktisch gefährdet sei, wird auch der servus fugitivus als ein solcher bezeichnet, quem habere *non licet* und die Ersatzklage gegen den Verkäufer mit der Eviktionsklage in Parallele gesetzt (quasi evictionis nomine tenetur venditor), eine Anschauung, der doch auch nur die Gleichheit des äußeren Erfolges zu Grunde gelegen haben kann, fr. 13. §. 1. de a. e. v. 19, 1.

Wegen der inneren, grundsätzlichen Verschiedenheit werden deßhalb auch die Verbindlichkeiten wegen Eviktion und wegen Garantie für Noxafreiheit und andere Mängel bestimmt unterschieden, fr. 11. §. 8. de a. e. v. 19, 1, obwohl bei Abschluß des Kaufes und Eingehung des Verbalcontrakts die sämmtlichen Verpflichtungen in einen Stipulationsakt zusammengefaßt zu werden pflegten, so daß

Dieß wird nämlich aus den Worten *quia manifestum fuit* etc. entnommen, während diese doch lediglich das Motiv enthalten, weßhalb es der Käufer gar nicht zum Noxalprocesse kommen ließ, vielmehr unter Ueberlassung des Sklaven an den Gegner der Uebernahme des iudicium sich entzog[94]).

Der Eviktionsproceß, zu dessen Mitführung der Auktor von seinem Successor nicht aufgefordert worden ist, hat für jenen als eine res inter alios acta in keiner Weise bindende Kraft. Auf der anderen Seite wäre für den Successor der Beweis, daß der Beistand des Auktors doch erfolglos gewesen sein würde, ein Ding der Unmöglichkeit, da er nicht wissen kann, welche Vertheidigungsmittel der Auktor als Litisdenuntiat benutzt hätte. Er würde sich also, wenn die früheren Proceßverhandlungen eine Norm abgeben sollten, auf den darin gelieferten Nachweis des evincentischen Rechts beschränken müssen. Worin wäre aber dann der Grund für die Beschränkung zu finden, was berechtigte zu der Annahme, daß er gegen die nunmehr vom Auktor benutzten Vertheidigungsmittel nicht auch neue, im früheren Processe nicht zum Gebrauche gekommene Repliken vorschützen dürfe? So wenig dieser frühere Proceß dem Auktor, welchem durch die unterbliebene Aufforderung zur Betheiligung die Gelegenheit zu rechtlichem Gehör abgeschnitten war, präjudicirt und so wenig er deßhalb die den evincentischen Anspruch anerkennende Sentenz als res inter alios iudicata gegen sich gelten zu lassen verpflichtet ist, ebensowenig bindet den

bei Committirung der Stipulation in einem ihrer einzelnen Theile aus der *stipulatio duplae* unter Restriktion auf die betr. clausula (*eo nomine*) und mit Benutzung einer praescriptio geklagt wurde, und hieraus erklären sich fr. 3. 11. §. 1. 16. §. 2. de evict. 21, 2; fr. 4. pr. de a. e. v. 19, 1. Vgl. auch *Varro* de re rust. II, 2. §. 6. 3. §. 5. 4. §. 5.

94) Fr. 21. pr. 29. 32. 33. 26. §. 6. de nox. act. 9, 4; fr. 6. de Publ. 6, 2.

Successor jener Proceß in der Darlegung der Rechtmäßigkeit jener Sentenz dem Auktor gegenüber. Vielmehr hat er selbstständig den evincentischen Anspruch dem Auktor gegenüber darzulegen. Dieß spricht am treffendsten Boetius l. c. aus, den Gönner mit Unrecht als Gewährsmann für seine Ansicht aufführt:

> Si tamen is, qui non facta autori litisdenuntiatione evictionem passus est, *evincentis ipsius partes suscipiens ius eius certum asserere possit*, *atque ita manifestum docere defectum iuris ex parte autoris*, regressus ei adversus autorem non erit denegandus, perinde ac si tempestive litis fecisset denuntiationem [95]).

Ist hiernach die Litisdenuntiation im Evictionsprocesse nicht zur Erhaltung der Regreßklage nothwendig, so ist sie dagegen höchst räthlich, da, wenn sie zu richtiger Zeit erfolgt ist, der Successor der Verpflichtung zum vollständigen Nachweise des besseren Rechts des Evincenten überhoben ist. Mag der Litisdenuntiat nämlich nunmehr die Defension übernehmen oder nicht, der unglückliche Ausgang des Eviktionsprocesses beweiset, daß der Auktor den ruhigen Fortbesitz der Sache dem Nachfolger nicht erhalten habe, und in dieser Richtung, in Beziehung auf die Nichterfüllung der vom Letzteren beanspruchten Verpflichtung des Auktors zu ausreichender Defension, ist für diesen die Sentenz bindend. Er ist regreßpflichtig, weil er einen gerichtlichen Angriff eines Dritten nicht vereitelt hat, wobei die Rechtmäßigkeit jenes Angriffes außer allem Betrachte bleibt, und jene Thatsache wird durch die Litisdenuntiation und die Sentenz im Eviktionsprocesse erwiesen.

95) Ganz ebenso erklärt sich Dernburg in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. B. II. S. 11 fg. über die Wirkung der unterlassenen Litisdenuntiation, ohne jedoch diese Auffassung näher zu begründen.

Ist die Litisdenuntiation unterblieben, so kann der Successor sich nicht auf die Nichterfüllung der von ihm nicht beanspruchten Defensionspflicht berufen, sondern muß, wie bei außergerichtlicher Realisirung des evincentischen Anspruchs, die Rechtmäßigkeit des letzteren darlegen, wobei jedoch der Evincent ihm nicht zur Beihülfe gegen die Vertheidigungsmittel des Auktors verpflichtet ist, da zwischen ihnen ein deßhalbiger Obligationsnexus nicht besteht.

## §. 6.

### Fortsetzung.

Wie gehen nunmehr auf die Litisdenuntiation in anderen als auf der Eviktionsleistungsverbindlichkeit beruhenden Regreßfällen über. Daß sie hier zulässig sei, hat die Praxis allgemein anerkannt (§. 2. i f.), daß sie aber nur räthlich, nicht aber auch nothwendig sei, wird von den neueren Processualisten, mit Ausnahme von Reinhardt[96]) und Linde[97]), nach den Ausführungen Gensler's und Dunze's[98]) gegen die abweichende Ansicht Claproth's[99]) und von Gönner's[100]) allgemein angenommen[101]).

Diese Ansicht halte auch ich für die richtige.

Regressus bedeutet in unseren Quellen die Befugniß, einen Dritten auf Schadloshaltung zu belangen, wird aber in diesem Sinne immer nur da gebraucht, wo die Obligation des Dritten direkt auf Indemnisation gerichtet ist, z. B. außer beim

---

96) Handbuch I. S. 159.

97) Lehrbuch §. 112. n. 5.

98) Archiv für civ. Prax. B. IV. S. 183 fg. X. S. 362 fg.

99) Einl. in den ord. Proc. §. 461.

100) Handb. I, 17. §. 3.

101) Vgl. Heffter, Syst. §. 501. Bayer, Vortr. S. 55. Schmid, Handb. I. S. 163 fg.

Kaufcontrakte bei der Bürgschaft und dem Faustpfandcontrakte [102]).

Heutiges Tags spricht man von einer Regreßklage auch dann, wenn der Schuldner dem Gläubiger aus dem zwischen ihnen bestehenden Obligationsnexus Etwas deßhalb leisten mußte, weil die Handlungsweise eines Dritten hierzu die Veranlassung gab, und wenn in diesem Falle der Dritte dem Schuldner für die Folgen seines Handelns tenent ist. Ein Beispiel ist das von Dunke [103]) aufgeführte: A leiht von mir eine Sache, welche B von mir wiederum leiht und verliert.

In allen diesen Fällen kann von einer Verpflichtung zur Litisdenuntiation nicht die Rede sein, weil diese stets die Verbindlichkeit des Dritten zur Defension eines von diesem übertragenen Rechtes voraussetzt, in jenen Fällen aber eine solche Verbindlichkeit nicht existirt.

Das Regreßrecht beruht nämlich entweder darauf, daß der Dritte den Regreßberechtigten beauftragt hat, seine (des Dritten) Verbindlichkeit zu erfüllen (z. B. bei der Bürgschaft), oder zu seinem Vortheile auf eigenen Namen eine Verbindlichkeit einzugehen (z. B. wenn A den B beauftragt, für ihn auf eigenen Namen eine Sache zu kaufen), oder darauf, daß er in einem schon bestehenden Obligationsnexus zwischen dem Regreßberechtigten und einem Andern eine ohnedieß nicht eintretende Leistungspflicht des Ersteren an den Letzteren veranlaßt hat (z. B. in dem oben erwähnten Commodatsfalle).

Zahlt der Bürge, ohne es auf einen Proceß ankommen zu lassen, was ihm zweifellos freisteht [104]), so handelt er nach

---

102) Fr. 25. §. 17. de her. pet. 5, 3; fr. 22. §. 4. de pign. act. 13, 7; fr. 3. ad SC. Vellej. 16, 1; fr. 59. §. 4. mand. 17, 1; fr. 14. §. 9. de aed. ed. 21, 1; fr. 1. 21. §. 3. de ev. 21, 2; fr. 3. pr. si fam. furt. 47, 6.

103) A. a. O. S. 377. n. 3.

104) Fr. 10. § 11. mand. 17, 1.

seines Mandanten Anweisung und deßhalb hat er ein Recht auf Indemnisation.

Läßt er sich dagegen vom Gläubiger auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit belangen, so kann er von seinem Mandanten, dem Hauptschuldner, eine Defension nicht beanspruchen, da in dessen Auftragsertheilung zugleich das Bekenntniß der Hauptverpflichtung enthalten ist. Verliert er diesen Proceß und wird zur Zahlung verurtheilt, so ist in seiner rechtlichen Beziehung zum Hauptschuldner Nichts geändert und in dem Regreßprocesse bildet die Begründetheit der Principalobligation selbst nicht ein Fundament des Indemnisationsanspruchs des Bürgen, vielmehr beruht dieser auf der Ertheilung des Auftrags und der obligationsmäßigen Erfüllung desselben. Es läßt sich deßhalb ohne totale Verkennung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Bürgen und Principalschuldner nicht behaupten, daß jener durch Unterlassen der Streitverkündigung seinen Regreßanspruch an diesen einbüße. Hat der Bürge ohne Auftrag des Hauptschuldners beim Gläubiger intercedirt und sich von diesem belangen lassen, so kann von einer Berechtigung des Bürgen bezw. Verpflichtung des Prinzipalschuldners zur Theilnahme des Letzteren am Rechtsstreite noch weniger die Rede sein, da zwischen beiden ohne erfolgte Ratihabition des Principalschuldners ein Obligationsnexus noch gar nicht existirt.

Habe ich im Auftrage des A mit dem B auf eigenen Namen eine Obligation abgeschlossen, so kann ich in der Regel vor deren Erfüllung von A die Befreiung von der Schuld durch Uebernahme derselben verlangen [105]).

Lasse ich mich von meinem Gläubiger auf Erfüllung belangen, so kann ich einen Beistand des Mandanten in einem Processe, der diesem ganz fremd ist und für welchen diesem

105) Fr. 45. pr. §. 2–5. mand. 17, 1. Die im §. 2. erwähnte cautio defensum iri geht auf Uebernahme des Judiciums als procurator in rem suam.

gar keine Vertheidigungsmittel ex sua persona zu Gebote stehen, gar nicht verlangen, und dieser hat zu einer solchen Beistandleistung wider den Gegner schon nach dem Inhalte seines mir ertheilten Auftrags nicht die geringste Verpflichtung, da er ja die Contrahirung der Schuld von mir verlangt hat. Werde ich in dem Processe verurtheilt, so bildet, wie bei außergerichtlicher Tilgung meiner Schuld, die Ertheilung und Erfüllung des Auftrags die Grundlage meines Entschädigungsanspruchs.

Ist schließlich ein Dritter mir dafür tenent, daß durch seine Handlungsweise ich meinem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet worden bin, so stehen mein Entschuldigungsanspruch an den Dritten und mein Obligationsnexus zu dem Gläubiger in gar keinem Zusammenhange. Betrachten wir den oben erwähnten Fall. Leihe ich von *A* eine Sache und verleihe diese weiter an B und dieser verliert sie, so haftet letzterer mir lediglich aus dem zwischen uns beiden abgeschlossenen Commodate, nicht deßhalb, weil ich zu A in gleichem Contraktsverhältnisse stehe und diesem wegen schuldvollen Abhandenkommens der Sache tenent bin. Ist die Sache bei B ohne dessen Verschulden (z. B. in Folge einer Feuersbrunst in dessen Hause) zu Grunde gegangen, so ist er mir nicht zum Schadensersatze verpflichtet, obwohl meine Verpflichtung dem A gegenüber wegen obligationswidrigen Gebrauchs der Sache fortbesteht und zu erfüllen ist. Ebensowenig ist mein Anspruch an B von einer (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Auseinandersetzung mit A abhängig. Lasse ich es zu einem Processe mit diesem kommen, so hat mir gegenüber B keine Verpflichtung zur Betheiligung an dem Rechtsstreite, worin derselbe auch gar keine Vertheidigungsmittel aus seiner Person benutzen könnte.

Gönner beruft sich für seine Ansicht auf das fr. 10. §. 12. mand. 17, 1, wonach der Bürge, wenn er um eine exceptio des Schuldners gegen die Hauptverbindlichkeit weiß und sie im Processe gegen den Gläubiger nicht vorschützt, die

Regreßklage verliert, **si modo habuit facultatem** ***rei convenicndi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel proprio nomine.*** Zunächst läßt sich füglich bezweifeln, daß in diesen Worten von einer Litisdenuntiation die Rede sei. Die Fassung derselben läßt vielmehr auf eine Privatverhandlung des Bürgen mit seinem Mandanten schließen, deren Zweck ist, jenen gegen den ungünstigen Ausgang des Processes sicher zu stellen, wobei demselben freigestellt wird, den Rechtsstreit als procurator rei alienae (suo nomine) oder als procurator in rem suam (proprio nomine) zu übernehmen. Will man die Stelle aber doch auf die Litisdenuntiation beziehen, so schlösse doch deren Unterlassung die Regreßklage nur alsdann aus, wenn die Einrede dem Bürgen bekannt gewesen und trotzdem von diesem nicht vorgeschützt worden wäre. Der Grund davon liegt aber nicht etwa in der Verpflichtung zur Litisdenuntiation an sich, sondern darin, daß die Nichtbenutzung einer wirksamen Einrede zum Nachtheile eines Anderen dolus oder doch ein hoher Grad von culpa ist, für welche der Bürge als Mandatar dem Hauptschuldner verantwortlich ist und für deren Folgen letzterer nicht einzustehen hat.

Weiß der Bürge von einer solchen Einrede nicht, so schadet deren Nichtbenutzung ihm nicht, da er nach Vertheidigungsmitteln gegen die Hauptverbindlichkeit nicht zu forschen hat, von deren Existenz er durch den Schuldner selbst in dessen Anweisung, die Verbindlichkeit accessorisch zu übernehmen, Kenntniß erhalten hat. Vielmehr muß dieser ihm unaufgefordert von Allem, was die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit alterirt, also von später entstandenen Einreden Kunde geben und solchergestalt das Zahlungsmandat widerrufen.

Hiernach würde bei der Versäumung einer Einrede im Processe des Gläubigers gegen den Bürgen nicht dieser, wenn er nicht den Hauptschuldner zum Beistande aufgefordert, sondern der Hauptschuldner selbst, der nicht alsbald nach Erwerb der Einrede davon dem Bürgen Nachricht gegeben, in culpa versiren, grade so wie der Bürge, der von seiner Zahlung an den

Gläubiger dem Hauptschuldner keine Mittheilung macht, culpos handelt und deßhalb die Regreßklage verliert, falls in der Zwischenzeit der Schuldner ebenfalls an den Gläubiger gezahlt hat[106].

Alle diese, aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen resultirenden Grundsätze werden in unsern Quellen direkt ausgesprochen.

Fr. 29. pr. §. 2. mand. 17, 1: Si fideiussor conventus, cum ignoraret, non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur. Et si quidem *sciens* praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari; dissoluta enim negligentia prope dolum est; *ubi vero ignoravit*, *nihil*, *quod ei imputetur*. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et *ignarus* hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere; *potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum*. (§. 2.) Si, quum debitor solvisset, *ignarus* fideiussor solverit, puto eum mandati habere actionem: *ignoscendum est enim ei*, *si non divinavit*, *debitorem solvisse; debitor enim debuit notum facere fideiussori*, *iam se solvisse*, ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et excutiat ei summam, in quam fideiussit.

Wie aus dem fr. 10. §. 12. mand. grade das Gegentheil von dem folgt, was Gönner damit beweisen will, so schlägt auch dessen weiterer Grund nicht ein, daß nämlich wegen innerer Gleichheit der ratio legis bei allen Regreßklagen, wie bei der Eviktion, die Litisdenuntiation nothwendig sei. In Eviktions-

---

106) Fr. 29. §. 3. mand. 17, 1.

fällen ist, wie ich oben nachzuweisen versucht habe, Proceßführung und Streitverkündigung nicht nöthig zur Anstellung der Regreßklage, und wäre dieß selbst der Fall, so ist doch in allen obigen anderweiten Regreßfällen eine vorgängige Proceßführung gegen einen Dritten nicht Bedingung zur Anstellung der Entschädigungsklage gegen den Regreßpflichtigen, wie dieß oben gezeigt worden ist [107]).

Hiernach erscheint auch hier die Streitverkündigung lediglich als eine räthliche Proceßhandlung, theils um unbekannte Vertheidigungsmittel (z. B. Einreden des Hauptschuldners im Processe des Gläubigers gegen den Bürgen) zu gewinnen, durch deren Benutzung obzusiegen und dadurch die spätere Regreßklage zu ersparen, theils um jetzt schon etwaigen Einreden des Regreßpflichtigen im späteren Regreßstreite (z. B. der exceptio doli des Hauptschuldners) vorzubeugen.

Von allen diesen Regreßfällen ist der Anspruch des Cessionars einer aberkannten Forderung an den Cedenten wesentlich verschieden. Während in jenen aus einem Obligationsnexus zwischen dem Regreßberechtigten und dem Regreßpflichtigen Ersatz des vom Ersteren an einen Dritten Geleisteten begehrt wird, handelt es sich hier um Entschädigung dafür, daß der Cessionar von dem Dritten das nicht erhalten hat, was er in Folge des Rechtsgeschäftes mit dem Cedenten zu erhalten berechtigt war. Dort ist die Grundlage des Regreßrechts die Erfüllung einer Verbindlichkeit, hier die Nichtexistenz eines Rechtes.

Zu den Eviktionsfällen ist dagegen der Anspruch des Cessionars auch nicht zu zählen, weil die Eviktion den Besitz einer körperlichen Sache oder eines dinglichen Rechtes an dieser voraussetzt. Das Wesen des Forderungsrechtes ist aber Herrschaft über den Willen eines Andern und Besitz so wenig als Entwindung desselben denkbar.

---

107) Vgl. besonders Dunze l. c. S. 372. 375 sq.

Betrachtet man das Rechtsverhältniß zwischen dem Cessionar und dem Cedenten, so wird man auch hier die Nothwendigkeit einer Litisdenuntiation an den letzteren im Processe zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus läugnen müssen.

Wird die cedirte Forderung aberkannt, so hat dieß seinen Grund entweder darin, daß dieselbe nicht entstanden, oder darin, daß sie nachher durch eine im Processe geltend gemachte peremtorische Einrede aufgehoben worden ist. War dieser Grund schon beim Abschlusse des der Cession vorangegangenen onerosen Rechtsgeschäfts vorhanden, so ist dem Cessionar der Cedent haftbar, weil er ihm die Ausübung eines nicht existirenden oder (einer exceptio im eigentlichen Sinne gegenüber) unwirksamen[108]) Forderungsrechts übertragen hat, und der Umfang dieser Haftpflicht hängt von dem Inhalte des die Cession vermittelt habenden Rechtsgeschäfts ab[109]).

Daß zur Geltendmachung dieses Anspruches es keines vorgängigen Processes gegen den debitor cessus bedarf, unterliegt keinem Zweifel, indem ja die obligatio und damit das Klagrecht nicht vorhanden oder gänzlich unwirksam[110]) ist. Hat er diesen Proceß doch geführt und die Litisdenuntiation unterlassen, so bindet der Ausgang desselben allerdings nicht den Cedenten und es muß der Cessionar diesem gegenüber den selbstständigen Nachweis der Nichtexistenz der Forderung zur Zeit deren Cession führen, der Regreßanspruch selbst aber ist durch das Unterlassen der Streitverkündigung nicht ausgeschlossen worden.

---

108) Fr. 112. 66 de reg. iur. 50, 17; fr. 108. de v. s. 50, 16; fr. 26. §. 3. de cond. ind. 12, 6.

109) Fr. 4. 5. de h. v. a. v. 18, 4; fr. 74. §. 3. de ev. 21, 2.

110) Die obligatio, der eine exceptio perpetua entgegensteht, wird als inefficax, sine effectu, inutilis, quasi nulla in unsern Quellen bezeichnet. Vgl. die zahlreichen Stellen bei Büchel Erört. II. S. 35.

Daß der Litisdenuntiation an den Cedenten im Römischen Rechte keine Erwähnung geschieht, erklärt sich nicht bloß daraus, daß die Aberkennung der cedirten Forderung nicht unter den Gesichtspunkt einer Eviktion fällt, sondern hat auch seinen processualischen Grund darin, daß der Cessionar als procurator des Cedenten den Proceß gegen den debitor cessus führt, mag (wie dieß ursprünglich der Fall war) ein mandatum agendi vorausgegangen sein oder der Cessionar eine actio utilis (zufolge des im vorangegangenen Rechtsgeschäfte stillschweigend ertheilten Mandats) angestellt haben, wenn er gleich eine selbstständigere Stellung dem Cedenten gegenüber als procurator *in rem suam* einnahm[111]. Eine Litisdenuntiation des Proceßvertreters an den Vertretenen war aber ihrem Zwecke nach unmöglich.

Gilt auch noch für das heutige Recht der Gesichtspunkt, daß der Cessionar dem debitor cessus gegenüber eine fremde Forderung geltend macht, so nimmt er doch im Gegensatze zum procurator litis, der jetzt als reines Organ und vollständiger Repräsentant des Principals behandelt wird, processualisch eine ebenso selbstständige Stellung, wie der Singularsuccessor eines Rechtes, dem debitor cessus gegenüber ein, und es erfolgt die Litisdenuntiation an den Cedenten als an einen Proceßdritten. Dieser ist aus dem Cessionsgeschäfte verpflichtet, dem Cessionar die Realisirung der Forderung zu ermöglichen und ihm zum Processe gegen den Schuldner die Rechtsbehelfe zu verschaffen. Unterläßt der Cessionar die Litisdenuntiation und es wird ihm die Forderung aus einem zur Zeit der Cession schon vorhandenen Grunde aberkannt, so ist diese Versäumniß in der gerichtlichen Geltendmachung eines fremden Rechtes eine culpa, welche dem Cessionar die Befugniß benimmt, den ungünstigen Ausgang des Prozesses gegen den Cedenten zu benutzen.

---

111) Fr. 25. 55. de proc. 3, 3.

Hiernach erscheint auch hier die Streitverkündigung, wenn auch nicht als nothwendig, doch als höchst rathsam.

## §. 7.

### Wer kann den Streit verkündigen?

Zur Litisdenuntiation ist befugt jeder, zur Regreßnahme gegen einen Dritten berechtigte, Streittheil, ohne Rücksicht auf seine Partheirolle im jetzigen Processe, also der Kläger ebenso wie der Beklagte [112]).

Da die Praxis die Litisdenuntiation nicht auf die Eviktionsfälle beschränkt, so ist die Frage, ob ein Streittheil jene Handlung vornehmen könne, nicht danach zu entscheiden, ob ein Rechtsverhältniß zu einem Dritten bestehe, welches diesen zur Eviktionsleistung verpflichte, sondern ganz allgemein danach, ob eine Parthei für dasjenige, was sie bei ungünstigem Ausgange des Processes an den Gegner zu leisten hat, von einem Andern Ersatz verlangen könne.

Ebendeßhalb ist es auch jetzt gleichgültig, von welcher Art die Klage sei, mit der der Litisdenuntiant belangt oder aufgetreten ist; denn die Beschränkung des Römischen Rechts, welches lediglich bei den eine Eviktion begründenden Klagen [113])

---

112) Vgl. Hofmann, Reichspraxis §. 1075; Gönner Handb. I. Nr. 17. §. 4; Gensler im A. f. c. Pr. B. IV. S. 181. n. 17; Martin Lehrbuch §. 307; Heffter System §. 501. pr.; Glück l. c. p. 409; Linde Lehrb. §. 112; Schmid Handb. I. §. 64. pr. Wenn Gensler a. a. O. die Meinung aufstellt, die Römischen Gesetze könnten, als nur von der Litisdenuntiation bei Eviktionsfällen handelnd, lediglich des Beklagten als des zur Litisdenuntiation Befugten gedenken, so ist dieß ein Irrthum, der sich direkt aus den Quellen nachweisen läßt. Vgl. fr. 16. §. 1. 29. §. 1. 66. pr. de eviction. 21, 2.

113) Wenn dem Käufer einer Sache im Besitzstreite deren Besitz abgesprochen worden ist, so steht ihm keine Eviktionsklage zu, son-

die Streitverkündigung an den Auktor kennt, ist bei der Erweiterung des Gebietes der Litisdenuntiation weggefallen.

Nicht nur der regreßberechtigte Streittheil selbst, sondern auch dessen Prokurator, mag dieser nun eine generelle Vollmacht zur Vermögensverwaltung oder eine specielle Vollmacht zu dem einzelnen Processe selbst haben, ist zur Litisdenuntiation, auch ohne besondern deßhalbigen Auftrag, befugt, weil dieselbe eine zum Vortheile des Mandanten gereichende Handlung ist, wodurch der Beistand eines Dritten zur erfolgreicheren Führung des Processes bezweckt und eine günstigere Stellung des Mandanten in einem demnächstigen eventuellen Processe vorbereitet wird.

---

dern lediglich die actio emti auf Verschaffung des freien Besitzes, weil lediglich das Faktum des Besitzes, nicht das Recht an der Sache Gegenstand der richterlichen Entscheidung war. Dieß erhellt aus fr. 11. §. 13. de act. emti 19, 1: Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit. Sed Julianus libro quinto decimo Digestorum probat, *nec videri traditum*, si superior in possessione emtor futurus non sit; erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur und aus fr. 35. eod: Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit, ex emto habebit actionem; licet enim stipulatio de evictione non committatur, *quia non est de iure servitutis in rem actione pronuntiatum*, tamen dicendum est, ex emto actionem competere. Vgl. auch c. 17. de act. emti venditi 4, 49. Deßhalb läugnen auch die, außerdem in Eviktionsfällen von ihnen anerkannte, Nothwendigkeit einer Litisdenuntiation im possessorium ordinarium *Berger* Sel. proc. poss. §. 7. und Oec. iur. III. t. 8. th. 5. n. 8, *Leyser* Med. sp. 240. m. 8. und *Hommel* Rhaps. quaest. obs. 191. n. 8. A. M. ist *Stever* l. c. p. 18—19. mit Berufung auf c. 9. h. t., worin jedoch controversia *possessionis* nicht Streit über Besitz, sondern über ein Besitzthum bedeutet. Vgl. noch für die richtige Ansicht Müller l. c. 291 sq.

Nur muß er auf Verlangen des Denuntiaten diesem sein Mandat nachweisen [114]).

## §. 8.

### Wem kann der Streit verkündigt werden?

Die Litisdenuntiation hat an denjenigen zu geschehen, welcher dem einen Streittheile beim ungünstigen Ausgange des Processes Entschädigung zu leisten verpflichtet ist.

Liegt ein Eviktionsproceß vor, so muß dem Auktor der Streit verkündigt werden, und zwar dem unmittelbaren Auktor, falls die Sache successive durch mehrere Hände in Folge von Eviktionsleistung involvirenden Rechtsgeschäften gegangen und solchergestalt eine Kette von Auktoren vorhanden ist. Der nächste Auktor hat alsdann wiederum seinem Vormanne litem zu denuntiiren. Ein Ueberspringen des nächsten Vormannes ist nur dann gestattet, wenn dieser seinen Regreßanspruch dem Successor bereits cedirt hat [115]).

Hat der Regreßpflichtige bereits vor geschehener Litisde=

---

114) *Caballinus* l. c. §. 3. n. 140. und add. novae s. v. procurator: Procurator denuntiare potest etiam generalis, quia est actus utilis emtori, unde nullum speciale mandatum requirit. Tenetur tamen procurator nomine emtoris denuntians docere de mandato instrumentum autenticum ostendendo.

115) Fr. 59. h. t. 21, 2: Si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denuntiare, *nisi cessae ei fuerint actiones vel quodam casu hypothecas habet.* Diese letzteren Worte beziehen sich auf die Verpfändung des Regreßanspruchs, worin eine pfandweise Cession desselben enthalten ist. — Vgl. *Caballinus* l. c. §. 3. n. 143; *Voetius* l. c. §. 21; *Wernher* Obs. P. IX. obs. 28; *Berger* Oec. iur. III, 8, 5. 14; *Ummius* Disp. XI, 6. n. 18; *Forster* l. c. p. 1125; Glück l. c. p. 409; Bayer l. c. p. 56; Linde l. c. §. 112, n. 6.

nuntiation Kunde vom Processe gegen den Regreßberechtigten, so muß der Letztere dennoch, wenn ihm die Streitverkündigung nützen soll, dieselbe vornehmen, da durch sie der Regreßpflichtige Kenntniß nicht bloß vom Processe, sondern auch davon haben soll, daß sein Beistand verlangt werde[116]).

Es läßt sich deßhalb hier die Rechtsregel: qui non ignorat, certiorari non debet[117]) nicht anwenden, weil es sich hier um mehr als um die Kenntniß von dem Vorhandensein eines Rechtsstreits handelt, und der Regreßpflichtige ohne die Denuntiation noch nicht weiß, ob auch seine Beihülfe beansprucht werde.

Für die Nothwendigkeit der Denuntiation in dem obigen Falle haben sich auch die meisten Rechtslehrer entschieden[118]).

Ist der Regreßpflichtige am Orte anwesend oder sein

116) Wenn gleich in c. 17. h. t. 8, 45 nur von certum facere auctorem die Rede ist, so hat man dabei ad defendendum zu suppliren, wie dieß eine Reihe von andern Stellen (c. 20. 21. 23. 29. h. t.; c. 1. de per. et comm. rei vend. 4, 48; fr. 29. §. 2. de evict. 21, 2) bestimmt ausspricht.

117) Fr. 1. §. 1. de act. e. v. 19, 1; c. 31. de reg. iur. in 6to 5, 12. Vgl. fr. 1. §. 6. de aed. ed. 21, 1; fr. 20. §. 11. de her. pet. 5, 3.

118) *Caballinus* l. c. §. 3. n. 1—7; *Covarruvias* Var. res. III, 17, 3; *Fachinaeus* Contr. II, 35; *Calletius* l. c. c. 1. n. 7; *Voetius* l. c. n. 22; *Stryk* l. c. §. 23; *Ummius* l. c. XI, 6, n. 20; *Berger* Oec. iur. III, 8, 5. n. 11; *Huber* Prael. ad Dig. 21, 2, n. 14; *Forster* l. c. p. 1126; *Cocceji* Jus civ. contr. XXI, 2, qu. 10; Glück l. c. p. 389. u. 414. Wenn für diese Ansicht z. B. von Berger das fr. 55. §. 1. h. t.: *praesenti* autem venditori denuntiandum est, sive autem absit, sive praesens sit et per eum fiat, quominus denuntietur, committetur stipulatio als Beweisstelle benutzt wird, so beruht dieß auf einem Mißverständnisse des Begriffes praesens, worunter lediglich Anwesenheit am Gerichtsorte zu verstehen ist. Vgl. fr. 5—7. de proc. 3, 3 und Bethmann-Hollweg Vers. S. 197.

sonstiger Aufenthalt dem Regreßberechtigten bekannt, es verhindert jedoch absichtlich jener die Vornahme der Denuntiation, so ist diese unnöthig [119]), und es bedarf selbst nicht einer Benachrichtigung anderer Personen, von welchen wegen ihrer Beziehungen zum Regreßpflichtigen (z. B. Freunde, Vermögensverwalter) vorauszusetzen ist, daß sie ihm davon Kunde geben würden, oder eines die Denuntiation enthaltenden Anschlags am Hause des Regreßpflichtigen [120]).

Ist dagegen der Regreßpflichtige abwesend und sein Aufenthaltsort demjenigen, der ihm litem denuntiiren will, unbekannt, so ist zwar nach fr. 56. §. 6. h. t:

> Sed et si nihil venditore faciente, emtor cognoscere, ubi esset, non potuit, nihilominus committitur stipulatio.

auch hier der Denuntiant der Vornahme der Streitverkündigung überhoben, jedoch wird mit Recht nach Analogie anderweiter, von ähnlichen Benachrichtigungen handelnder Quellenaussprüche angenommen, daß der Litisdenuntiant jede Gelegenheit, wodurch auf indirektem Wege dem zu Benachrichtigenden Kunde von der Denuntiation zukommen könnte, benutzen müsse, z. B. durch die Benachrichtigung eines Freundes oder Vermögensverwalters, durch Anschlag am Hause u. dgl. m. [121]).

Erfolgt die Litisdenuntiation gerichtlich, so gelten für die

---

119) Fr. 55. §. 1. 56. §. 5–6. h. t. 21, 2.

120) Arg. fr. 5. §. 2. quod vi aut clam 43, 24. Voet l. c. §. 24. hält zwar hier eine denuntiatio ad domum für nöthig mit Beziehung auf fr. 4. §. 5. de damno inf. 39, 2, in dieser Stelle ist jedoch von einer absichtlichen Verhinderung an der Denuntiation Seitens des zu Benachrichtigenden nicht die Rede; vgl. *Ummius* l. c. n. 18. i. f.

121) Vgl. fr. 22. pr. ex quib. c. m. 4, 6; fr. 5. §. 2. quod vi aut clam 43, 24; *Molinaeus* tr. de usuris n. 309; *Calletius* l. c. c. 1. n. 6. (p. 330); *Ummius* l. c. XI, 6, n. 18.

deßhalbige Benachrichtigung des Denuntiaten die Vorschriften über Insinuation von Dekreten an Abwesende [122]).

Ist der Streit nicht dem Regreßpflichtigen selbst, sondern seinem Vermögensverwalter verkündigt, so genügt dieß, falls der Aufenthaltsort des Ersteren dem Litisdenuntianten unbekannt ist, weil er an und für sich in diesem Falle einer jeden Benachrichtigung überhoben, also in der Denuntiation an den Prokurator noch eine besondere Bedachtnahme auf das Interesse des Regreßpflichtigen zu finden ist [123]); falls der Aufenthaltsort des Letzteren dagegen dem Denuntianten bekannt ist, so genügt eine solche Benachrichtigung nur alsdann, wenn davon auch der Regreßpflichtige selbst Kenntniß erhalten hat.

Dieß ist der Sinn des fr. 56. §. 4. h. t.:

Si praesente promissore, qui de evictione promisit, et *non ignorante* procuratori denuntiatum sit, nihilominus promissor tenetur [124]).

Hat der Regreßpflichtige für seine Verbindlichkeit einen Bürgen bestellt, so ist lediglich jenem und nicht diesem (weder ausschließlich noch zugleich mit dem Regreßpflichtigen) der Streit zu verkündigen.

C. 7. h. t. 8, 45:

Auctore laudato, si evicta res est, fideiussorem,

---

122) K. G. O. 1555, I, 38, §. 16 sq.

123) Fr. 56. §. 6. h. t. 21, 2.

124) *Ummius* l. c. n. 18: multo minus sufficiet, si auctoris procuratori nuncietur, *nisi forte ipse auctor sciverit, ipsi procuratori denuntiatum esse.* Vgl. *Caballinus* l. c. §. 3. n. 139; Glück l. c. p. 413. Ganz ebenso ist das SCtum Iuventianum, welches von einer Denuntiation an den Erbschaftsbesitzer handelt, interpretirt worden: fr. 20. §. 11. de her. pet. 5, 3: Sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatum est: Senatus ipsi denuntiari exigit, et ideo non nocebit, nisi forte is, cui denuntiatum est, eum certioraverit; sed non, si certiorare potuit nec fecit.

*etiamsi agi causam ignoraverit*, evictionis nomine conveniri posse non ambigitur [125]).

Der Grund hiervon ist, daß die Verbindlichkeit des Bürgen ihrer accessorischen Natur zufolge von der Hauptverpflichtung, und nicht diese von jener, abhängig, daß sie ferner der Entschädigungs- und nicht der Defensionspflicht hinzugetreten, und für Eviktionsfälle insbesondere, daß der Bürge nicht als im Besitze der Vertheidigungsmittel, wie der Auktor als Rechtsvorgänger, befindlich anzusehen ist.

Ist der Regreßpflichtige unmündig, und zwar noch infans, so ist dem tutor der Streit zu verkündigen, weil dieser denselben processualisch vollständig vertritt [126]).

Ist er zwar noch unmündig, hat er aber die Jahre der infantia überschritten, so hat die Litisdenuntiation ihm und dem Vormunde gegenüber zu geschehen, weil der Pupill nicht selbstständig für sich einen Proceß führen, folglich auch nicht an dem Processe eines Dritten Theil nehmen kann, er hierzu vielmehr der auctoritatis interpositio des Vormundes bedarf. Von dieser ordnungsmäßigen Verfahrungsweise in der Proceßführung [127]) wird abgewichen, wenn der Pupill abwesend ist, in welchem Falle der Vormund ihn vollständig vertritt [128]). Hier hat also auch diesem allein gegenüber die Litisdenuntiation zu geschehen. Ist dagegen der Vormund abwesend und es kann deßhalb ihm der Streit nicht mit verkündigt werden, so kann aus Rücksicht für das Interesse des Pupillen diesem ausschließlich der Streit verkündigt werden [129]), um ihm

125) Vgl. *Caballinus* l. c. §. 3. n. 138; *Calletius* l. c. c. I. n. 4; *Voetius* l. c. n. 21; *Ummius* l. c. XI, 6, 18; *Pothier* l. c. n. 111; Glück l. c. p. 398.

126) Fr. *1*. §. 2. de adm. et per. tut. 26, 7.

127) Fr. 1. §. 2, 4. 2. pr. de adm. et per. tut. 26, 7; fr. 15. 22. de auct. tut. 26, 8. Vgl. *Ulpiani* fragm. XI, 24.

128) Fr. 55 pr. de ev. 21, 2; fr. 2. pr. de adm. et per. t. 26, 7.

129) Fr. 56. §. 7. h. t. 21, 2; *Caballinus* l. c. §. 3. n. 142; *Voetius* 21, 2; l. c. n. 21. *Ummius* l. c. n 18; Glück l. c. p. 412.

dadurch Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Schritte zur Wahrung seines Interesses zu veranlassen.

Heut zu Tage, wo der Vormund immer ohne Rücksicht auf Anwesenheit oder Abwesenheit des Pupillen diesen processualisch vertritt, wird stets jenem allein der Streit verkündigt.

Ein Gleiches gilt, wenn der Regreßpflichtige ein Wahnsinniger oder gerichtlich erklärter Verschwender ist, in welchen Fällen die Litisdenuntiation an deren Curator erfolgen muß.

Betrifft die Regreßpflicht kastrensisches oder quasikastrensisches Vermögen oder das *peculium adventitium irregulare*, so ist der Haussohn (wenn er volljährig ist), betrifft sie dagegen dessen *peculium adventitium regulare*, so ist der Vater derjenige, dem der Streit zu verkündigen ist.

Ist einer *universitas* der Streit zu verkünden, so erfolgt die Litisdenuntiation an deren Repräsentanten.

Ist der Staat regreßpflichtig, so wird lis der betr. Behörde denuntiirt.

Sind mehrere Regreßpflichtige vorhanden und diese stehen in einem Correalverhältnisse, so genügte es nach klassischem Römischem Rechte ohne Zweifel, wenn die Litisdenuntiation demjenigen gegenüber stattgefunden hat, der nachher vom Gläubiger auf Eviktionsleistung belangt wurde. Durch die Litiscontestation mit diesem waren dann die Uebrigen befreit[130]. Nach Justinianeischem Rechte sind sie dieß erst durch wirkliche Befriedigung des Gläubigers. Es muß deßhalb dieser jetzt zu seiner größeren Sicherheit allen Regreßpflichtigen den Streit verkündigen, wenn er davon bei einer successiven Belangung derselben Nutzen ziehen will.

Sind mehrere Regreßpflichtige ohne ein solches Correalverhältniß vorhanden, von vorn herein oder in Folge davon, daß der ursprünglich einzige Regreßpflichtige mehrere Erben hinterlassen hat, so ist Allen der Streit zu verkündigen, wenn

---

130) Fr. 51. §. 4. h. t. 21, 2.

der Regreßberechtigte von dem Vortheile der Litisdenuntiation allen Einzelnen, welche ihm für die Entschädigung nur pro rata haftbar sind, gegenüber Gebrauch machen will. In Eviktionsfällen sind die mehreren Auktoren und mehreren Erben eines Auktors zum processualischen Beistande in solidum, als zu einem untheilbaren facere, verpflichtet, obwohl nach erfolgter Eviktion der für das nicht gewährte rem habere licere zu leistende Ersatz sich auf die Einzelnen pro rata vertheilt[131]).

---

131) Fr. 62. §. 1. h. t. 21, 2 (*Celsus*): Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes extiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari et omnes defendere debent; si de industria non venerint in iudicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denuntiationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit aut vincitur: recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sint. Fr. 85. §. 5. de verb. obl. 45, 1 (*Paulus*): In solidum vero agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus, nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur: sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur. Fr. 139. eod. (*Venuleius*). Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est; sed quum uno defugiente omnes defugisse videantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte herditaria praestatio incumbit. Ueber die Erklärung und Vereinigung dieser drei Stellen herrscht viel Streit; vgl. *Calletius* l. c. c. 6. (bei *Meermann* p. 338–339); Glück l. c. p. 410 sq.; Ribbentrop Correal-obl. p. 198—222; v. Vangerow, Lehrb. III. S. 16. Meine Ansicht darüber ist folgende. Celsus unterstellt, daß der eine im iudicium Erschienene dem Käufer nur beisteht, die Sache instruirt, ihm Vertheidigungsmittel an die Hand gibt u. s. w. oder als procurator desselben handelt, nicht aber den Rechtsstreit selbst vollständig als procurator in rem suam übernimmt; denn im letzteren Falle würde von einer

## §. 9.

### Wie ist zu denuntiiren?

Die Streitverkündigung muß Zweierlei enthalten, einmal die Benachrichtigung, daß der Denuntiant in den betreffenden

---

Klage des Käufers auf Eviktionsleistung gegen die nicht erschienenen Miterben (*recteque cum ceteris agam*) nicht die Rede sein können, wenn der **procurator** beim ungünstigen Ausgange des Eviktionsprocesses durch Zahlung der **litis aestimatio** dem Käufer den Fortbesitz der Sache gesichert hat. Die Worte *una de evictione* etc. beziehen sich auf die solidarische Verpflichtung zur untheilbaren **defensio rei.** Erwirkt der Erschienene ein absolutorisches Erkenntniß, dann kommt es nicht zur Eviktion und er siegt für sich und die übrigen nicht erschienenen Miterben, *omnibus vincit;* unterliegt er aber und wird dem Käufer die Sache evincirt, so muß die **dupla pro rata** von ihm, weil er nicht erfolgreich defendirt, und von den Uebrigen, weil sie sogar den Käufer mit der Defension im Stiche gelassen (*propter denuntiationis vigorem et praedictam absentiam*), gezahlt werden — *omnibus vincitur.* In den beiden übrigen, fast wörtlich übereinstimmenden Stellen haben Paulus und Venulejus den Fall vor Augen, daß die erschienenen Denuntiaten den Proceß als Prokuratoren jedoch auf eigene Rechnung (*in rem suam*) nur im Verhältniß ihrer Erbschaftsquote, übernehmen wollen. Dieß ergibt sich aus dem zweiten, von Paulus im §. 6. des fr. 85. aufgeführten Beispiele: **Item si ita stipulatio facta sit:** *si fundus Titianus datus non erit, certum dari?* **nisi** *totus* **detur, poena committitur centum,** *nec prodest partes fundi tradere cessante uno,* **quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.** Mit den Worten **nec prodest etc.** stehen ganz in Parallele die Worte von Venulejus: **quolibet eorum defugiente, ceteris subsistere nihil prodest.** Wie dort sämmtliche Promissoren ihre Antheile am **fundus** übertragen müssen, um sich von ihrer Quote an der stipulirten **poena** zu befreien, so müssen hier sämmtliche Erben des Auktors in der Uebernahme des Eviktionsprocesses übereinstimmen, um

Proceß verwickelt sei, und damit verbunden die Aufforderung, zum Gewinn dieses Processes Beistand zu leisten (denuntiatio non solum notificatoria sed etiam requisitoria esse debet).

Daß diese Aufforderung ein wesentlicher Bestandtheil der Litisdenuntiation ist, geht aus einer Reihe von Stellen hervor, welche den Inhalt und Zweck der Benachrichtigung des Auktors bezeichnen [132]), und, wenn in einer Stelle [133]) nur von cer-

---

nach den Erbschaftsquoten für den ungünstigen Ausgang desselben einzustehen, weil nur alsdann dem Käufer die Sache nicht evincirt werden kann. Weigert sich dessen ein Einziger (und es will keiner der Uebrigen dessen Quote übernehmen), so braucht der Käufer sich auf den Vorschlag der Uebrigen nicht einzulassen und der Anspruch auf die *dupla* verbleibt ihm, weil der Umfang seines Rechts durch die Zerspaltung der **obligatio** auf die mehreren Erben nicht gefährdet werden kann. **Non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur** (*Paulus* in **fr. 2. §. 2. de verb. obl. 45, 1**). Ebenso wenig als er dem ursprünglichen Auktor gegenüber verpflichtet gewesen wäre, auf dessen Anerbieten einzugehen, etwa die Hälfte der **litis aestimatio** zahlen zu wollen und solchergestalt den Anspruch aus der **stipulatio duplae** verhältnißmäßig abfällig werden zu lassen, **quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est**, ebenso wenig braucht der Käufer auf die Bereitwilligkeit einzelner Erben einzugehen, den Proceß nur für ihren Erbantheil zu übernehmen. Der Unzulässigkeit einer solchen Spaltung gegenüber *omnes* **defugisse videntur** und nach erfolgter Eviktion *omnes* **tenebuntur.**

Eben so wird Einer von mehreren Erben, welche eine verpfändete Sache verkauft und nach ihren Erbschaftsquoten die **dupla** promittirt haben, nicht durch Zahlung der auf ihn gefallenen Pfandschuldsquote frei, wenn die Sache mit der **hypothecaria actio** dem Käufer vom Gläubiger evincirt wird, **propter indivisam pignoris causam, fr. 65. h. t. 21, 2.**

132) **Fr. 29. §. 2. h. t. 21, 2; c. 20. 21. 23. 29. h. t. 8, 45; c. 1. de per. et c. rei vend. 4, 48.**

133) **C. 17. h. t. 8, 45.**

tum facere die Rede ist, so erhält dieser allgemeine Ausdruck durch jene Stellen die nöthige Ergänzung. Durch die Benachrichtigung vom Processe allein hat der Denuntiant noch nicht seinen Willen genügend zu erkennen gegeben, daß ihm der Denuntiant auch beistehe, und dieser kann ohne die bestimmte Aufforderung dazu nicht wissen, ob seine Beihülfe dem Denuntianten erforderlich oder genehm sei. Ebendeßhalb ist auch die Aufforderung zum Beistande alsdann nöthig, wenn der Auktor bereits anderweit Kunde vom Processe hat[134]).

Die Litisdenuntiation kann eben so wohl gerichtlich als außergerichtlich erfolgen. Zwar behaupten einige Aeltere[135]), daß sie gerichtlich geschehen müsse, es gründet sich diese Ansicht jedoch auf partikulares Sächsisches Proceßrecht[136]), und nach gemeinem Rechte läßt sich gegen die Zulässigkeit der außergerichtlichen Streitverkündigung Nichts einwenden.

Im Römischen Rechte war die Denuntiation, welche zu den verschiedensten Zwecken stattfand, insofern eine förmliche Handlung, als bei deren Vornahme Zeugen zugezogen wurden,

---

134) *Bartolus* ad fr. 29. §. 3. n. 4. de neg. gest. 3, 5. und ad fr 8. §. 6. n. 51. de novi op. nunt. 39, 1; *Caballinus* l. c. §. 3. n. 21 sq.; *Guterius* de contr. iur. c. 61. n. 4—5; *Fachineus* contr. iur. II, c. 35. 36; *Voetius* l. c. n. 22; *Ummius* l. c. n. 31; *Huber* Prael. ad h. t. n. 14. 17; *Forster* l. c. p. 1126; *Cocceius* Ius civ. contr. h. t. qu. 10; Glück l. c. p. 389. 414; *Stever* l. c. p. 29—3; Gönner l. c. § 4. Anderer Meinung waren hauptsächlich wegen der allgemeinen Vorschrift in der c. 17. cit. *Baldus* ad c. 8. h. t.; *Salicetus* ad c. 1. de per. et comm. rei vend. 4, 48. u. *Covarruvias* Var. res. III. 17. Heffter l. c. §. 501. und Martin l. c. §. 307. beschränken die Litisdenuntiation lediglich auf die Anzeige des eingeleiteten Processes.

135) *Carpzov* Decis. P. III. Dec. 211; *Stryk* Us. med. h. t. §. 18. und de litisd. §. 6; *Lauterbach* Coll. theor. pr. h. t. §. 31; *Berger* oec. iur. III, 8, 5 n. 10.

136) Churf. Sächs. Proceß- und Gerichtsordnung vom 28. Juli 1622 Tit. XIV. §. 1.

um sich den Beweis derselben zu sichern. Der Gebrauch bestimmter Formeln war nur in einzelnen Fällen vorgeschrieben[137]), und eine Mitwirkung des Gerichts insofern, als die Ankündigung vor demselben geschehen oder durch Vermittelung des Gerichts an den Denuntiaten erfolgen mußte (was gerade das Charakteristische der gerichtlichen Streitverkündigung ist), war nicht erforderlich. Sogar die Einleitungsform des Processes selbst, die neben der in ius vocatio und dem vadimonium aufgekommene litis denuntiatio, war ursprünglich ein ohne alle Mitwirkung des Gerichts vorgenommener Privatakt, und erst später wurde die gerichtliche Einleitung des Processes zur bindenden Regel erhoben[138]).

Auch der Zweck und das Wesen der Streitverkündigung spricht dafür, daß deren außergerichtliche Vornahme im Römischen Rechte genügte. Mittelst derselben verlangt der Denuntiat seinen obligationsmäßigen Anspruch auf Defension vom Verpflichteten erfüllt zu sehen und es steht dieß einer jeden anderweiten Interpellation des Schuldners auf Erfüllung der Obligation gleich[139]). Dieß ist reine Privatsache und es bedarf der gerichtlichen Mitwirkung um so weniger, als die Erfüllung jener Defensionspflicht nicht erzwungen werden kann, es vielmehr ganz im Belieben des Auktors steht, am Processe Theil zu nehmen oder nicht. (Vgl. unten §. 12).

Deßhalb wird heut zu Tage die Zulässigkeit der außergerichtlichen Streitverkündigung nicht mehr bezweifelt[140]).

---

137) Z. B. für das repudium, fr. 2 §. 1. de divort. 24, 2.

138) Zimmern Rechtsgesch. §. 117. 143; Mühlenbruch Cession (3. Aufl.) p. 77 sq.; Keller Röm. Civilproc. §. 48.

139) In c. 21. h t. 8, 45. findet sich die Litisdenuntiation auch mit den Worten *interpellare* ut assistant causamque instruant umschrieben.

140) Vgl. unter den Aeltern schon *Caballinus* l. c. § 3. n. 37; *Mevius* Dec. P. VIII. d. 465. i. f.; *Wernher* Sel. obs. for. T. II. P. VII, obs. 14; *Cramer* Obs. iur. un. T. II. obs. 438, sowie

Wählt der Litisdenuntiant diese Form der Streitverkündigung, so ist es rathsam, sich hierbei alsbald den Beweis für ihre Vornahme zu sichern und zu dem Ende Zeugen (wie nach Römischer Sitte) oder einen Notar hinzuzuziehen.

Grade wegen der größeren Leichtigkeit eines solchen Beweises ist daher die gerichtliche Litisdenuntiation, welche vor dem Gerichte des anhängigen Processes erfolgt und von diesem zur Kenntniß des Denuntiaten gebracht wird, vorzuziehen und in der Praxis die fast allgemein übliche; denn hier wird diese Handlung aktenmäßig gemacht[141].

Mag die Litisdenuntiation gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, in beiden Fällen gehört zu ihrer Vollständigkeit, daß zugleich dem Denuntiaten eine genaue Kenntniß von der Lage des Rechtsstreites und vom Inhalte der seitherigen Verhandlungen gegeben werde. Dieß ist deßhalb nöthig, einerseits um ihn in den Stand zu setzen, zu beurtheilen, ob er den verlangten Beistand in seinem Interesse zu leisten habe oder nicht, andrerseits aber um es ihm zu ermöglichen, die ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel auszuwählen, falls er sich zur Leistung des Beistandes entschließen würde. Der Denuntiant muß hiernach bei außergerichtlicher Streitverkündigung dem Denuntiaten Alles, was seither im Processe aktenmäßig geschehen ist, in glaubhafter Form (in Originalausfertigung oder legalisirter Copie) mittheilen. Ein Gleiches geschieht bei der gerichtlichen Denuntiation, nur daß es dem Richter freisteht, bei allzu umfangreichem Aktenstoffe zur Vermeidung unnöthiger Kosten Akteneinsicht zu gestatten[142].

---

Danz l. c. §. 471. n. 4; Glück l. c. p. 413; Gönner l. c. §. 5, n. 4; Heffter l. c. und Bayer l. c. p. 55 i. f.

141) Gönner und Bayer ll. cc.

142) *Caballinus* l. c §. 3. n 32 sq. (mit Bezug auf Bartolus, Alexander Tartagnus, Jason de Mayno ad fr. 8. §. 6. de op. novi nunt. 39, 1): **Servatur in practica, quod emtores venditoribus et auctoribus suis litem intimant contra eos**

## §. 10.

### Wann ist der Streit zu verkündigen?

Da die Litisdenuntiation den Zweck hat, den Beistand des Denuntiaten im anhängigen Processe herbeizuführen und dadurch zu erwirken, daß Alles, was ihm an Vertheidigungs- und Beweismitteln gegen den Rechtsanspruch des Gegners zu Gebote steht, zur Benutzung komme, so folgt schon hieraus, daß der Denuntiant bei seiner Unbekanntschaft mit jenem Hülfsmateriale die Streitverkündigung so frühzeitig und in der Lage

---

motam super re vendita requirendo et interpellando, ut veniant ad defendendum eos et onus defensionis causae in se assumere, *exhibendo ad hunc effectum, ut certiores de omnibus reddantur, copiam petitionis et libelli actaque* (ut dicitur) *disbrigata*, protestando de omnibus damnis, expensis et interesse, et de agendo contra eos de evictione suo loco et tempore, *et ut magis secure cuncta procedant, auctoritate iudicis haec suis auctoribus intimare faciunt. Guterius* l. c. c. 61. n. 5 sq.: Ita ego semper sic facio, quando sum advocatus emtoris, quia in eodem libello responsionis requiro in iudicio venditorem, denuntiando ei litem motam et requirendo, ut eam suscipiat et defendat reum conventum liberumque et indemnem eum reddat, sub protestatione damnorum interesse et expensarum. *Et insuper peto, ut iudex faciat notificare venditori libellum actoris cum citatione rei et statu causae*, ut sibi pariat praeiudicium, et ita servo quotidie adimplendo omnia requisita. Ei ita etiam communis opinio servatur in regno Franciae. Vgl. außerdem *Fachineus* l. c. II, 35; *Ummius* l. c. n. 31: Quod ipsi denuntiationi citatio et libellus inserendus sit, partim ut intelligat, successori vere litem motam esse, partim ut secum auctor consultare possit, quid de postulata defensione statuere debeat; *Voetius* l. c. n. 20; *Berger* l. c. n. 13; *Cocceius* ius civ. contr. h. t qu. 11; *Forster* l. c. p. 1126; Hoffmann l. c. §. 1076; Glück l. c. p. 414; Gönner l. c. §. 5, n. 4; Martin l. c §. 307; Bayer l. c. p. 55.

des Processes vornehmen muß, daß der Denuntiat, welcher an die Proceßlage zur Zeit seines Beitrittes (§. 18.) gebunden ist, im vollen Gebrauche der ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungskräfte nicht behindert werden kann. Ist dieser Zeitpunkt versäumt und in Folge dessen dem Denuntiaten die Möglichkeit zur wirksamen Benutzung irgend eines seiner Vertheidigungsmittel entzogen, so gereicht diese Verspätung dem Litisdenuntianten zur Verschuldung, es mag nun der Denuntiat wegen der nunmehrigen Nutzlosigkeit seines Beistandes diesen überhaupt nicht geleistet haben oder dem Processe zwar beigetreten, mit jenem Vertheidigungsmittel jedoch präcludirt worden sein. Im ersteren dieser beiden Fälle würde der Denuntiat dann den Beweis zu führen haben, wenn er auf Eviktionsleistung regressorisch belangt worden wäre. Von jener Verschuldung kann natürlich nur in wirklichen Eviktionsfällen die Rede sein, während in andern Regreßfällen die verspätete Streitverkündigung ebensowenig Nachtheile zur Folge hat, wie die gänzlich unterlassene (vgl. oben §. 6.).

Daß die Litisdenuntiation, wenn sie den Denuntianten vor jedem Vorwurfe einer culpa sicher stellen soll, in demjenigen Stadium des Processes erfolgen muß, welches dem Denuntiaten völlig freie Hand zum Gebrauche seiner Vertheidigungswaffen läßt, ergibt sich aus einer Gesetzesstelle, wenn man sich bei deren Erklärung die Grundsätze über das Verfahren vor dem iudex in einem Eviktionsprocesse vergegenwärtigt.

Diese Stelle ist das fr. 29. §. 2. h. t. 21, 2:

> Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, *dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat.*

Pomponius bestimmt hier den Endpunkt der Litisdenuntiation für den Käufer, der pro evictione die übliche Stipulation abgeschlossen hatte und nun im Eviktionsprocesse die Streitverkündignng vornehmen muß, um ex stipulatu klagen zu können, und läßt dem Käufer den ganzen Zeitraum der

Verhandlung vor dem iudex zum Behufe der Litisdenuntiation frei, weil die gegen ihn angestellte Eviktionsklage eine arbitraria actio ist, bei welcher selbst die Benutzung von Exceptionen im Römischen Sinne des Wortes nicht an die Aufnahme in die formula geknüpft war, somit auch vor dem iudex eine freie Benutzung aller möglichen, vor dem Prätor noch nicht gebrauchten, Vertheidigungsmittel gestattet war und weil alle Vertheidigungs- und Beweismittel an Präclusivfristen nicht gebunden waren.

In unserer Stelle wird nun der äußerste Termin dahin näher bestimmt, daß die Litisdenuntiation nicht nahe vor der Condemnation selbst (ne prope ipsam condemnationem) geschehen dürfe.

Meistentheils[143]) werden jene Worte dahin gedeutet, daß die Litisdenuntiation vor dem Schlusse der Sache, ante conclusionem in causa, priusquam in causa renuntiatum sit et conclusum, erfolgen müsse. Statt dieser, unserer gemeinrechtlichen Procedurform sich anlehnenden Interpretation halte ich für die Zeit und im Sinne des Pomponius folgende Erklärung für die richtigere.

Der Verlauf der Verhandlung bei den actiones arbitrariae vor dem iudex ist der, daß derselbe auf den Grund seiner causae cognitio zunächst im Falle des Obsieges des Klägers einen mit der Wirkung der Rechtskraft bekleideten Vorausspruch (pronuntiatio) abgab, worin er das Recht des Klägers an der Sache anerkannte und den Verklagten zur freiwilligen Zufriedenstellung des Klägers binnen bestimmter Zeit und in der dem klagbar gemachten Anspruche angemessenen Weise aufforderte (arbitratus). Befolgte der Verklagte diese Anweisung nicht, so kam es zur litis aestimatio, wobei jene pronuntiatio die unanfechtbare Basis bildete, und schließlich zur

---

143) Vgl. *Accursius* ad h. l.; *Caballinus* l. c. §. 3. n. 144; *Calletius* l. c. ad l. 7. c. l. n. 5; *Voetius* l. c. n. 23.

condemnatio[144]). In diesem letzteren Abschnitte des Verfahrens konnte sicherlich nicht mehr die bereits durch die pronuntiatio festgestellte und zum ius inter partes erhobene Entscheidung über das Recht des Klägers an der Sache angefochten werden, vielmehr war jetzt nur noch Gegenstand des Partheienkampfs und des richterlichen Ausspruchs, zu wie viel der Verklagte in Geld als Surrogat der Sache selbst (cum omni causa) verpflichtet und zu condemniren sei. Verschob nun der Verklagte seine Litisdenuntiation bis nach der pronuntiatio, so war dem Denuntiaten jede Vertheidigung gegen die Rechtmäßigkeit des Klaganspruchs rein unmöglich, er konnte nicht mehr rem defendere, rei agendae adesse, da es sich bereits um die Werthabschätzung eines zuerkannten Rechtes handelte. In diesem Stadium des Processes war also die so spät erfolgte Erfüllung der in der Stipulation ausbedungenen Verpflichtung zur Litisdenuntiation der gänzlichen Nichterfüllung gleich und der Anspruch auf die Stipulation verwirkt. Pomponius will also sagen: die Litisdenuntiation muß der pronuntiatio iudicis vorausgehen und darf nicht in das zwischen dieser und der condemnatio, der eigentlichen sententia, liegende Processtadium fallen.

Auch bei dieser Interpretation gibt die Stelle einen Beleg für die Richtigkeit des oben aufgestellten Princips ab, daß die Litisdenuntiation so früh geschehen müsse, daß dem Denuntiaten der Gebrauch seiner Vertheidigungsmittel noch möglich sei.

Es fragt sich nun, wie bei der wesentlichen Verschiedenheit unseres heutigen gemeinen Processes jenem Principe zu genügen ist. Unser Proceß wird, in Folge gesetzlicher Bestimmungen und deren weiterer durch die Praxis vermittelten Durchführung, von der Eventualmaxime beherrscht. Alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel sind an bestimmte Abschnitte des Verfahrens, an Präclusiv-Fristen oder Termine gebunden, deren

144) Savigny System V. §. 221. VI. §. 287. p. 318 sq.

Nichteinhaltung den Ausschluß des nicht benutzten Proceßmaterials nach sich zieht.

Hieraus folgt, daß der Litisdenuntiant bei seiner Unkenntniß des dem Denuntiaten zu Gebote stehenden Streitmaterials und des diesem im Processe gebührenden Platzes die Streitverkündigung in demjenigen Stadium vornehmen muß, welches die Benutzung aller Vertheidigungsmittel ermöglicht. Dieß ist für den litisdenuntiantischen Verklagten der Zeitpunkt vor Erstattung der Exceptionalhandlung, für den Kläger dagegen der vor Abgabe seiner Replikerklärung.

Erfolgt die Streitverkündigung später, so ist sie immer noch als frühzeitig geschehen zu betrachten, wenn die Veranlassung dazu erst in einem späteren Stadium des Processes eingetreten ist. Z. B. der Cessionar klagt gegen den debitor cessus, dieser gesteht die Klage ein, opponirt keine die cedirte Forderung berührenden Einreden, behilft sich vielmehr mit anderweiten Vertheidigungsmitteln, etwa einer exceptio compensationis. In einem späteren Stadium des Processes, etwa im Beweisverfahren verschafft er mittelst eines Restitutionsgesuches einem neuen, die eingeklagte Forderung selbst berührenden Vertheidigungsmittel Eingang, indem er nunmehr jene läugnet oder eine exceptio solutionis oder renuntiationis vorschützt. Jetzt ist erst für den Kläger das Signal zur Litisdenuntiation gegeben und, wenn dieselbe vor der Beantwortung jenes Novums erfolgt, so ist diese so rechtzeitig als möglich geschehen[145].

Abgesehen hiervon ist auch eine nach den oben bezeichneten Zeitpunkten und ungeachtet einer schon damals vorliegenden Veranlassung dazu erfolgte Litisdenuntiation in dem Falle als rechtzeitig zu betrachten, wenn alle dem Denuntiaten *in concreto* zustehenden Vertheidigungsmittel nach der dermaligen Lage des Processes noch zur Benutzung kommen können. Während also der vor der Exceptional- oder Replikhandlung bewirkten Streitverkündigung das Prädikat der Rechtzeitigkeit

---

145) Vgl. Gensler l. c. p. 182 n. 20.

absolut zukommt, so bemißt sich dasselbe später rein relativ nach den einzelnen Vertheidigungsmitteln und ihrer Benutzbarkeit in der nunmehrigen Lage des Processes. Da dieselben bei der Vornahme der Litisdenuntiation weder den Streittheilen noch dem Richter bekannt sind, sondern erst später (sei es im jetzigen Processe nach erfolgtem Beitritte des Denuntiaten oder im Regreßstreite) zu Tage treten, so kann die Litisdenuntiation, in welchem Proceßstadium sie auch geschehen mag, nicht als verspätet angesehen, sie muß vielmehr überall als zulässig erachtet werden. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Ansicht von Covarruvias[146]), daß nicht nach Eröffnung des Zeugenrotuls lis denuntiirt werden dürfe, ebenso richtig, falls der Denuntiat weiter Nichts als neue Beweis- oder Gegenbeweiszeugen über den Inhalt der Beweisartikel benutzen kann, als die Ansicht, daß nach Römischem und jetzigem Proceßrechte die Litisdenuntiation auch in der Appellationsinstanz noch rechtzeitig und zulässig sei, insofern die Vertheidigungsmittel des Denuntiaten in solchen neuen Thatumständen und Beweismitteln bestehen, welche mittelst des beneficium novorum auch hier noch Eingang finden können[147]).

Dem Grundsatze des Römischen Rechts, daß die Litisdenuntiation noch vor dem iudex bis zu dessen Entscheide über das evincentische Recht wirksam geschehen könne, scheint das fr. 29. §. 3. de leg. 3. zu widersprechen. Dasselbe lautet:

Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tra-

146) Var. resol. III. c. 17. n. 8.

147) Vgl. *Accursius* zu fr. 29. §. 2. cit.; *Caballinus* l. c. §. 3. n. 144; *Calletius* l. c. n. 5; *Sichard* comm. ad c. 1. ubi in rem actio 3, 19. n. 7. i. f.; *Gail* obs. P. I. obs. 70. n. 5; *Mevius* dec. T. II. P. VII. d. 400; *Voetius* l. c. §. 23. i. f.; *Pufendorf* obs. T. II. obs. 35. §. 11. u. P. IV. obs. 264; *Stryk* l. c. §. 24. Hofmann l. c. §. 1077; Glück l. c. p. 390; Danz §. 473. n. 2; Linde §. 112. n. 8; Schmid l. c. p. 160; *Stever* l. c. p. 25 sq.

diderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis; et hoc verum puto. Sed hoc amplius ait, debere te, *priusquam iudicium accipiatur*, denuntiare heredi; nam *si aliter feceris*, agenti ex testamento opponetur tibi *doli mali exceptio*.

Es sind mehrere Versuche gemacht worden, diese Stelle mit dem fr. 29. §. 2. de evictionibus in Einklang zu bringen. Zunächst haben Einige [148]) angenommen, iudicium bedeute hier sententia und priusquam iudicium accipiatur soviel als priusquam sententia feratur, so daß Labeo und Pomponius einen und denselben Zeitpunkt im Auge gehabt hätten.

Abgesehen davon, daß iudicium zur Bezeichnung des Endziels des Verfahrens vor dem iudex, der Sentenz sich schwerlich nachweisen läßt [149]), ist iudicium accipere jedenfalls

148) Z. B. *Voetius* l. c. n. 23; *Noodt* ad h. t. §. Porro und die übrigen von Glück l. c. p. 394. n. 52. citirten Schriftsteller.

149) In den von den vorgenannten Schriftstellern zum Belege jenes Sprachgebrauchs angezogenen Stellen, c. 1. si adv. rem iud. 2, 27 und fr. 3. §. 1. de min. 4, 4 bedeutet iudicium nur die Verhandlung, das Verfahren, lis, und ein Gleiches gilt von den bei *Dirksen* manuale font. s. v. iudicium citirten Stellen: fr. 2 §. 1. de bonis eorum 48, 21; fr. 6. §. 7. de his qui n. c. 3, 2; fr. 230. de verb. sign. 50, 16; fr. 34. de legibus 1, 3. und fr. 78. §. 15. ad Sen. Treb. 36, 1. Für den Inhalt des Erkenntnisses, für das, wozu der Verklagte verurtheilt ist, also im Sinne von iudicatum wird iudicium allerdings in einer Stelle gebraucht, in fr. 20. §. 1. de tut. et rat. distr. 27, 3 (iudicium facere statt iudicatum facere), jedoch halte ich es für wahrscheinlich, daß Papinian wirklich iudicatum geschrieben hat, da in fr. 25. de adm. et per. tut. 26, 7, wo jene Stelle Papinians citirt wird, der letztere Ausdruck (curatores si nondum iudicatum fecerunt) gebraucht ist. Iudicatum facere ist, wie i. solvere, die gebräuchlichste Ausdrucksweise für Befolgung des Urtheilsspruchs, vgl. *Gaius* III. §. 180; fr. 6. de feriis 2, 12; fr. 45. §. 1. de iudic. 5, 1; fr. 35. de nox. act. 9, 4; fr. 42. pr. de reb. cred. 12, 1; fr. 116. de v. o. 45, 1.

der constante Ausdruck für die Litiscontestation Seitens des Verklagten[150]) und findet sich nirgends von der Fällung oder Verkündigung des Urtheils gebraucht[151]).

Die Ansicht von Cujacius[152]) und Calletius[153]), daß im fr. 29. §. 3. cit. nicht der Zeitpunkt der Litisdenuntiation vorgeschrieben, sondern nur diese selbst für nothwendig erklärt und nebenbei der Zeit gedacht werde, wann dieß am sichersten und gewöhnlich geschehe (perfunctorie tantum dicitur hac ratione, quod commodius fit tunc temporis, sed non praecise tractatur aut definitur, quo tempore facienda est denuntiatio), widerspricht der dispositiven Fassung der Stelle und dem Zusatze nam si aliter feceris etc.[154]).

---

150) Vgl. Keller Litisc. und Urtheil §. 4. n. 9. §. 6; Savigny Syst. VI. §. 257; Brackenhöft in Sell's Zeitschr. II. p. 323.

151) *Noodt* l. c. beruft sich zwar auf fr. 46. §. 3. de adm. et per. tut. 26, 7, um die Gleichbedeutung beider Ausdrücke darzuthun, allein schon Glück l. c. p. 395. n. 51. hat nachgewiesen, daß die Worte *in diem iudicii accepti* Nichts Anderes als den Tag der Litiscontestation bedeuten. Da nach diesem Zeitpunkte der Verklagte zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet war, fr. 2. 34. de us. 22, 1, so konnte ein Zweifel, ob von verbrauchten Pupillengeldern auch nach Beendigung der Tutel der Vormund Zinsen schulde, nur für die vorangehende Zeit erhoben werden, und hier entscheidet Paulus, dem in fr. 7. §. 15. de adm. et per. tut. 26, 7 aufgestellten Princip gemäß, daß bis zur Rückgabe des Pupillenvermögens die verbrauchten Pupillengelder verzins't werden müssen, die Frage bejahend. Auch eine andere zum Nachweise der Synonymität mit iudicium benutzte Stelle aus dem Edikte des Prätors in fr. 1. pr. si ex nox. c. ag. 2, 9: **Si quis eum, de quo noxalis actio est, iudicio sisti promisit, praetor ait, in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur** beweist Nichts. Daß hier diese letzteren Worte sich ebenfalls lediglich auf die Litiscontestation beziehen, ergibt sich aus dem Zwecke der cautio **iudicio sisti**, das Erscheinen vor dem Prätor Behufs Anordnung des **iudicium** zu sichern.

152) **Rec. soll. ad l. 5. C. de evictionibus 8, 45. §. Itemque notandum.**

153) **L. c. ad l. 7. c. 1. n. 5.**

154) Glück l. c. p. 393.

Wenn sodann Huber[155]) zwar unsere Stelle richtig von der Streitverkündigung zur Zeit der Litiscontestation versteht, sie jedoch als Zeugniß für das ältere Recht zur Zeit des Labeo ansieht, während das fr. 29. §. 2. de evictionibus den späteren milderen Gerichtsgebrauch bekunde, so fehlt es dieser Ansicht, wie Glück richtig bemerkt, an jeder Begründung, und zu dieser Ausflucht würde man nur dann gelangen können, wenn sich gar keine innere Gründe für jenen Unterschied auffinden ließen.

Nicht unpraktisch, wie Glück meint, sondern offenbar unrichtig ist der Vereinigungsversuch von Cocceji[156]), welcher die Vorschrift des fr. 29. §. 2. de evictionibus auf negotia bonae fidei, die des fr. 29. §. 3. de legatis III. dagegen auf negotia stricti iuris beziehen will (ibi enim statim ab initio adcitatio fieri debet, quia in his negotiis post litem contestatam nihil addi potest officio iudicis). Cocceji übersieht seltsamerweise, daß in unserer Stelle die Streitverkündigung an den Erben gar nicht bei der Verhandlung der actio ex testamento, womit ein anderer Sklave statt des geleisteten Stichus von dem Erben verlangt wird, sondern nur im Processe des Dritten gegen den Legatar, worin Stichus mit einer actio in rem evincirt wird, vorkommen kann; die actiones in rem sind aber arbitrariae, welche mit den actiones bonae fidei die freieren Verhandlungsmaximen gemein haben.

Viele Schriftsteller unterscheiden zwischen causae lucrativae, wovon die Stelle des Labeo, und causae onerosae, wovon die des Pomponius handle, oder finden den Grund der Verschiedenheit in der weiter als die Obligation des Verkäufers reichenden Verpflichtung des Erben, beim legatum generis Eigenthum zu übertragen[157]).

Allein weder der Umstand, daß der Schenker oder Lega-

---

155) Prael. ad Pand. h. t. §. 13.

156) Ius civ. contr. ad h. t. qu. 13.

157) Vgl. die von Glück l. c. p. 396. n. 55. Citirten, wozu noch *Gothofredus* in den not. ad h. l., *Pothier* Pand. Iust. ad Tit. de

tar um einen Gewinn, der Käufer aber um Abwendung eines Schadens streitet, noch die Verpflichtung des Erben zur Eigenthumsübertragung vermag die Nothwendigkeit der Streitverkündigungvor der Litiscontestation genügend zu erklären.

Meine Ansicht über unsere Stelle ist folgende.

Es handelt sich darin um die Eviktion eines aus einem legalum generis geleisteten Sklaven.

Wie bei der donatio und dem legatum speciei von einer Eviktionsverbindlichkeit des Schenkers und des Erben wegen der lukrativen Natur des Erwerbstitels, so kann hiervon ebensowenig die Rede sein, wenn in genere ein Schenkversprechen geleistet oder legirt worden ist, aber aus einem andern Grunde, weil nämlich bei der obligatio generis die Solution durch Leistung einer species nur alsdann wirksam ist, wenn diese dem Empfänger nicht entzogen werden kann. Ist letztere mit einem solchen Mangel behaftet (einerlei, ob diese Wirkung bereits eingetreten ist oder nicht), so ist die Solution ungültig, der Verpflichtete nicht liberirt, und der Berechtigte klagt mit der ihm auf Erfüllung seines Anspruchs zustehenden Klage, in obigen Fällen also mit der Schenkungsklage oder der actio ex testamento [158]).

Letzteres besagt, mit Hinzufügung des für Leistungen ex obligatione generis allgemein gültigen Grundes, unsere Stelle und außerdem Javolen in fr. 58. h. t. 21, 2:

> Heres servum *non nominatim* legatum tradidit et de dolo repromisit; postea servus evictus est. Agere cum herede legatarius *ex testamento* poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

An eine Eviktionsverbindlichkeit, an eine Verpflichtung des Erben, dem Legatar den ungestörten Besitz der gelei-

---

opt. legata 33, 5 n. 20, *Forster* l. c. p. 1126, *Schulling* not. ad h. l., Hofmann Reichspraxis §. 1077 und *Stever* l. c. p. 28. hinzuzufügen sind.

158) Vgl. Vangerow Lehrbuch III. §. 610, Anm. 2.

steten *species* zu gewähren, das auf ihn übertragene Recht gegen fremden Angriff zu schützen und entgegengesetzten Falles ihn wegen des non habere licere zu entschädigen, ist deßhalb hier nicht zu denken, weil die Leistung unwirksam, als nicht erfolgt zu betrachten ist und deßhalb, unter gänzlichem Absehen von derselben, die actio ex testamento auf Erfüllung der durch die Leistung nicht aufgehobenen Obligation zusteht.

Dieß wird noch durch einen auch in anderer Beziehung interessanten Ausspruch von Ulpian in fr. 71. §. 1. de leg. 1 bestätigt:

> *De evictione* an cavere debeat is, qui servum praestat ex causa legati, videamus. Et regulariter dicendum est, quoties sine iudicio praestita res legata evincitur, posse *eam ex testamento peti.* Caeterum si iudicio petita est, officio iudicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio.

Diese Stelle handelt, wie auch aus dem pr. hervorgeht, von einem legatum generis, und der Jurist beantwortet die aufgeworfene Frage dahin: Werde aus einem solchen Legate ein bestimmter Sklave ohne vorgängigen Proceß geleistet, so falle die stipulatio pro evictione weg, weil ja im Falle der Eviktion mit der actio ex testamento ein anderer Sklave gefordert werden könne. Geschehe jene Prästation des ersten Sklaven indessen in Folge der angestellten actio ex testamento und der in diesem Processe ergangenen Sentenz, so müsse der Richter auf Leistung der stipulatio pro evictione mit erkennen.

Der Grund hiervon ist offenbar der, daß die actio ex testamento in das iudicium deducirt und dadurch für späteren Gebrauch consumirt ist, so daß nunmehr dem Legatar als einziger Ersatz die Stipulationsklage auf den Werth des Sklaven im Falle dessen Eviktion verschafft werden muß.

Jene actio ex testamento hat nun der Legatar nicht erst alsdann, wenn wirklich die Sache ihm vom Dritten abgeholt ist, sondern schon vorher, selbst wenn die Berechtigung des Dritten noch in suspenso ist, und diesem Rechte correspondirt

die Befugniß des Erben, die Sache mit der condictio indebiti zurückzufordern; denn ein indebitum ist nicht bloß dasjenige, was ohne vorhandene Obligation geleistet wird, sondern auch dasjenige, dessen Leistung der bestehenden Obligation nicht entspricht und deßhalb zur Liberation nicht geführt hat[159]).

Diese aus den obigen Principien resultirende Folgerung wird bestätigt durch Afrikan in fr. 38. §. 3. de solut. 46, 3:

> Qui hominem promisit, si statuliberum solvat, magis puto non esse exspectandam conditionem, sed et creditorem agere posse (nämlich mit der actio ex stipulatu) et illi condictionem competere[160]).

Verlangte nun der Legatar die Leistung einer andern Sache eiusdem generis, so mußte er die geleistete Sache dem Erben zwar zurückgeben und, falls er solche nicht offerirte, stand seiner actio ex testamento die exceptio *doli mali* entgegen, dergestalt also, daß der Erbe bis zur Rückgabe des zuerst Geleisteten seine zweite Leistung retiniren konnte.

Diese Berechtigung des Erben bestätigt Papinian in fr. 94. pr. de solut. 46, 3:

> Si is, cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris *pergat* petere *quod sibi debeatur*, *nec offerat quod accepit*, *exceptione doli mali* summovebitur.

Beachtet man das Rechtsverhältniß zwischen dem Erben und dem Legatar in allen eben hervorgehobenen Richtungen, so wird man finden, daß der letztere seinen Anspruch auf Leistung eines andern Objekts nur dadurch sicher stellen kann, daß er vor der Litiscontestation dem Erben Kunde vom erhobenen Eviktionsstreite gibt.

---

159) **Fr. 65. §. 9. 19. §. 1, 3 de cond. ind. 12, 6.**

160) Vgl. **fr. 72. §. 5. eod.** im Gegensatze zur **obligatio speciei** in **fr. 92. §. 1. eod.** und in **fr. 9. §. 2. de statul. 40, 7.** Grade ebenso wird bei der unvollständigen Leistung **ex obligatione alternativa** dem Gläubiger die Klage auf Erfüllung der Obligation und dem Schuldner die **condictio indebiti** bezüglich des unvollständig Geleisteten gegeben, **fr. 26. §. 13. de cond. ind. 12, 6.**

Diese Kundgebung geschieht nicht zu dem Zwecke, den Erben zum Beistande im Eviktionsprocesse aufzufordern; denn dieser ist zur Defension nicht verbunden, weil er nicht eviktionspflichtig, vielmehr im Falle der Eviktion nur eine andere Sache derselben Art zur Erfüllung seiner Obligation zu leisten schuldig ist. Vielmehr verfolgt die Denuntiation den wesentlich verschiedenen Zweck, nunmehr dem Erben frei zu stellen, gegen Rückgabe der mit der Eviktion bedrohten Sache eine andre dem Legatar zu leisten und dann als passiv dazu legitimirt den Eviktionsproceß selbst zu führen, oder, falls der Erbe den Anspruch des Evincenten für völlig grundlos erklärt, mindestens den Proceß als procurator in rem suam zu führen, da nicht der Legatar, dessen Anspruch aus dem Legate vor wie nach besteht, wenn die Sache nicht Eigenthum des Erben ist, sondern lediglich dieser letztere beim Ausgange des Processes interessirt ist.

Wählt der Erbe die erstere Alternative, so hat der Legatar das, was er mit der actio ex testamento verfolgen könnte, erhalten und die Rückgabe der Sache läßt ihn hier sicher nicht als einen Solchen erscheinen, der dolos zur chikanösen Abwendung der dinglichen Klage sich des Besitzes der Sache begeben hat. Entscheidet sich dagegen der Erbe für die zweite Alternative und es hat in diesem Falle der Kläger den Legatar vom Processe ganz freigegeben, so behält dieser die Sache, der Rechtsstreit mag einen Ausgang nehmen welchen er will. Ist der Legatar vom Processe nicht freigegeben worden, so muß der procurator nach ergangener pronuntiatio die dem Kläger zuerkannte Sache gegen Leistung einer anderen vom Legatar austauschen und dem Kläger hingeben, wenn er es nicht zur litis aestimatio kommen lassen will, welche entweder er selbst, direkt mit der actio iudicati belangt, zahlen oder dem Legatar, wenn der Gläubiger diesen aus dem Judikate angegriffen hätte, demnächst wiedererstatten müßte.

Wählte dagegen der Erbe auf erfolgte Denuntiation keinen der beiden Auswege, so würde der Legatar nach erfolgter Eviktion

die seiner actio ex testamento opponirte exceptio doli mali (retentionis) durch eine replica doli elidiren.

Wenn aber der Legatar vor der Litiscontestation dem Erben jene Benachrichtigung vom Processe zum angegebenen Zwecke nicht ertheilt, so würde einerseits eine nachher erfolgte Rückgabe der Sache gegen Empfang einer andern den Legatar nicht vom Eviktionsprocesse befreien, da er statt der Sache die litis aestimatio leisten müßte und keinen Ersatzanspruch dieserhalb an den ihm nicht eviktionspflichtigen Erben hätte. Andererseits wäre dieser, der eine andre Sache nur gegen Rückgabe der vorher gegebenen zu leisten schuldig ist, zur Uebernahme des Processes nicht verpflichtet und könnte diese getrost verweigern; denn der actio ex testamento opponirt er die Retentionsbefugniß in der Form der exceptio doli mali und die Entgegnung des Legatars, die Sache sei ihm evincirt und vom Erben der Proceß nicht übernommen worden, beseitigt er durch die replica propriae culpae, weil der Legatar ohne Noth einen Proceß übernommen habe, den er durch Austausch der Sache zu gehöriger Zeit, nämlich vor der Litiscontestation, hätte vermeiden können und zu dessen Uebernahme so wenig wie zur Beistandsleistung er, der Erbe, verbunden gewesen sei.

Hiernach bin ich der Ansicht, daß die in dem fr. 29. §. 3. de leg. 3 gedachte Denuntiation von der eigentlichen Litisdenuntiation ihrem Inhalte und Zwecke nach völlig verschieden ist. Hierfür spricht auch, daß, wäre sie mit dieser identisch, jene Stelle meines Wissens die einzige sein würde, in welcher die Verpflichtung zur Streitverkündigung an einen nicht eviktionspflichtigen Dritten (als welcher der Erbe zweifellos[161]) zu betrachten ist) sich ausgesprochen fände. Es kann also auch ein Widerspruch dieser Stelle mit dem von der Litisdenuntiation handelnden fr. 29. §. 2. h. t. nicht als vorhanden angesehen werden.

---

161) Mag in specie oder in genere legirt sein, vgl. Paulus R. S. V, 11. §. 5; fr. 9. §. 3. 18. §. 3. de don. 39, 5; fr. 71. §. 1. de leg. 1; fr. 58. h. t. 21, 2.

# Zweites Kapitel.

## Vom Verfahren im Einzelnen.

---

### §. 11.

### I. Leitende Grundsätze.

Die Principien, welche für das Verfahren bei der Litisdenuntiation maßgebend sind, lassen sich theils aus dem mittelst derselben von dem Denuntianten verfolgten Zwecke, theils aus der Natur der diesem Zwecke auf Seiten des Denuntiaten correspondirenden Verpflichtung construiren.

Was die erstgedachte Grundlage jener Principien anlangt, so läßt sich diese nach Römischem Rechte nur für Evictionsfälle erörtern, bei welchen dasselbe, wie schon öfters erwähnt, die Litisdenuntiation ausschließlich kennt.

Die zu beantwortende Frage lautet hier dahin: Was kann der Successor bei einem gegen ihn anhängig gemachten Evictionsprocesse von seinem Auktor vermöge des zwischen ihnen bestehenden

Rechtsverhältnisses verlangen, bezw. wozu ist der Auktor in jenem Falle seinem Successor gegenüber verpflichtet?

Das normgebende Rechtsverhältniß ist das Rechtsgeschäft der emtio venditio, der Typus für alle anderen Obligationsverhältnisse in Hinsicht der Eviktionsverbindlichkeit. Der Verkäufer ist lediglich zum tradere des Kaufobjekts und weiter dazu verpflichtet, den fortwährenden ungestörten Besitz der Sache dem Käufer zu gewähren, ihn also darin zu schützen oder, falls er dieses nicht kann oder nicht will, dieserhalb vollständig schadlos zu halten. Erfolgt nun ein gerichtlicher Angriff auf die verkaufte Sache, dessen Durchsetzung dem Käufer, total oder partiell, die eigenthumsmäßige Disposition über das Kaufobject entziehen würde, so ist der Käufer auf Gewährung jenes Schutzes berechtigt, welcher selbstverständlich in jenem gerichtlichen Kampfe in Geltendmachung aller rechtlichen Vertheidigungsmittel gegen die Rechtmäßigkeit des Angriffes besteht.

Die Ausübung dieses Rechtes des Käufers, die Aufforderung desselben zur Schutzleistung, erfolgt mittelst der Litisdenuntiation.

Die Erfüllung seiner deßhalbigen Verbindlichkeit versprach der Verkäufer noch besonders bei Abschluß der stipulatio pro evictione.

Den Inhalt dieser Verpflichtung des Verkäufers bezw. den Zweck der Aufforderung des Käufers bezeichnen die Römer durch assistere emtori causamque instruere, assistere negotio, adesse causae agendae oder de causa agenda, defendere, absolut gebraucht, oder defendere causam oder emtorem, subsistere, mit und ohne den Zusatz liti [1]).

Welchen Ausdruckes man sich bei Abschluß der stipulatio pro evictione bediente, wissen wir nicht, da uns die Conception der Formel nicht erhalten ist. In dem fr. 29. §. 2. h. t. wird

1) Fr. 29. §. 2. 62. §. 1. h. t. 21, 2; c. 20. 21. 23. 29. h. t. 8, 45; c. 1. de per. et comm. 4, 48; fr. 75. de proc. 3, 3; fr. 85. §. 5. 139. de verb. obl. 45, 1; fr. 49. pr. de iud. 5, 1.

aus dem Inhalt der Stipulationsformel der Zeitpunkt der Litisdenuntiation bestimmt und diese durch renuntiare, ut de ea re agenda adsit umschrieben, und es ist hiernach nicht unwahrscheinlich, daß die Formel auch diese Worte enthalten hat. Dieser Ansicht ist auch Cujacius bei der Restitution der Formel in den Paratiteln zum Codex[2]) gefolgt, während er im tractatus ad Africanum den Worten: de ea re agenda adesse die Worte et eam rem recte defendere hinzufügt, auf welche letztere Noodt, das fr. 75. de procuratoribus 3, 3 zur Basis der Restitution nehmend, sich beschränkt hat.

Sollte aber auch in der Stipulationsformel die Verpflichtung des Promissor auf *defendere* emtorem oder causam emtoris concipirt gewesen sein, so wäre dieß doch nicht lediglich von einer selbstständigen Uebernahme des Processes als procurator (in rem suam)[3]), sondern materiell von der Obsorge des Verkäufers, die Gefahr des Angriffes von dem Käufer abzuwenden und ihm die Sache zu erhalten (facere, ut ei rem habere liceat), zu verstehen, zu welchem Zwecke auch ein bloß äußerliches Hinzutreten zum Processe ohne Uebernahme einer Partheirolle genügen würde.

Den Beweis hierfür liefert Celsus in dem schon oben (§. 8. Note 131) besprochenen fr. 62. §. 1. h. t. 21, 2, wo er die Verpflichtung der Erben des Verkäufers zum defendere voranstellt, nachher aber eine Verwirkung der stipulatio lediglich deßhalb annimmt, weil der Eine der erschienenen Erben, welcher dem Käufer beigestanden (qui liti substitit), diesen Beistand nicht erfolgreich geleistet habe, und deßhalb dem Käufer die actio ex stipulatu zuspricht, was nicht möglich gewesen wäre, wenn der Eine den Proceß vollständig übernommen hätte. Ebenso haben Paulus und Venulejus in den ebendaselbst erörterten Stellen (fr. 85. §. 5 und 139. de v. o. 45, 1.) die stipulatio duplae vor Augen, wie alle Interpreten auch annehmen, und erklären die Erben des Promissars doch nur zum

---

2) Vgl. oben §. 3. Note 43.

3) Fr. 33. §. 3. 51. §. 1 de proc. 3, 3; fr. 63. de iud. 5, 1.

subsistere für verpflichtet. Ebenso geben die Kaiser Diokletian und Maximian in c. 20. h. t. 8, 45. den Erben des Verkäufers es anheim, emtoribus *adesse ac defendere* causam, indem sie hierdurch die processualische Form und den Zweck ihrer Thätigkeit bestimmen. Außerdem wird die stipulatio pro evictione nicht bloß dann committirt, wenn dem Käufer als Beklagten die Sache abgesprochen, sondern auch dann, wenn er als Kläger wegen des dem dritten Verklagten zuerkannten Rechts an der Sache abgewiesen worden ist. In diesem letzteren Falle könnte von jener vollständigen Proceßübernahme keine Rede sein [4]).

Davon, daß der Auktor den Proceß des verklagten Käufers vollständig als procurator in rem suam übernehmen konnte, und daß diese auf freier Uebereinkunft zwischen Beiden beruhende Stellvertretung häufig vorkam, wird sogleich die Rede sein.

Die processualische Form, in welcher der denuntiirte Auktor den von ihm zu gewährenden Beistand im Eviktionsprocesse leistete, war zur Zeit des Formularprocesses eine zweifache:

1) Der Auktor trat dem Processe bei, ohne daß damit die Uebernahme einer Partheirolle verbunden war. Er stand alsdann zu der Parthei, welcher er Beihülfe leistete, und zum Gegner in einem ähnlichen processualischen Verhältnisse wie der advocatus. Diese Betheiligung am Processe bezeichnet der Ausdruck causae adesse, welcher grade so vom Advokaten gebraucht wird [5]).

---

4) Vgl. fr. 66. pr. h. t. 21, 2. (quum *admonuisset* venditor etc.) und über die Bedeutung von defendere bei der stipulatio pro evictione *Calletius* l. c. c. 6. n. 2. Für diese Bedeutung von defendere läßt sich auch noch fr. 102. de verb. obl. 45, 1 als Beleg benutzen. Modestin bespricht hier eine der stipulatio pro evictione besonders beigefügte Clausel wegen Ersatzes der Proceßkosten, deren es nicht bedurft hätte, wenn eine vollständige Uebernahme des Processes versprochen worden wäre. Daß in dieser Stelle die stipulatio nicht auf die dupla, sondern auf das Interesse gerichtet ist, hatte sicher am Umfang der Defensionspflicht bei Eingehung der Stipulation Nichts geändert.

5) Vgl. fr. 6. §. 1. 11. pr. de post. 3, 1; fr. 9. §. 1. de poenis 48, 19.

Die Dauer und Tragweite seines Einflusses auf den Proceß hing gänzlich vom Willen der von ihm unterstützten Parthei ab, neben welcher er thätig war. Sein gesammtes Vorbringen galt als Vorbringen der Parthei, weil und insoweit diese ihn dazu ausdrücklich oder stillschweigend durch Gestattung des Beistandes autorisirte.

Materiell und ohne daß dadurch die processualische Stellung afficirt wurde, war ein Unterschied zwischen dem advocatus und dem Auktor darin ersichtlich, daß der Advokat seine Sachinstruktion hauptsächlich vom Clienten empfing und als Rechtsverständiger dieser Instruktion die juristische Form und den gebührenden Nachdruck verlieh, während der Auktor, gleichsam in Ergänzung der Parthei, die Lücken der Sachinstruktion ausfüllte, assistit causamque instruit, wie es in der c. 21. h. t. heißt. Ein weiterer processualischer Unterschied zwischen dem Advokaten und dem denuntiirten Auktor ist darin zu finden, daß Ersterer nur mit der Parthei zugleich handeln kann [6]), während der Letztere zu Folge des in der Litisdenuntiation liegenden Mandats zur materiellen Vertheidigung auch in Abwesenheit der Parthei thätig sein konnte und sein Vorbringen als das des Denuntiaten insolange zu betrachten war, bis die Parthei das Mandat widerrufen hatte.

Zu jenem adesse causae agendae war der Auktor, wie oben erwähnt, schon vermöge seines Rechtsverhältnisses zum Successor, welches ihn zum facere, ut emtor rem habere liceat, verpflichtet, wenn auch eine stipulatio pro evictione nicht stattgefunden hatte, und ganz die nämliche Verpflichtung enthielt die nebenher abgeschlossene stipulatio.

2) Der Auktor konnte aber auch den Eviktionsproceß seines Successors als procurator übernehmen und trat alsdann in dessen Partheirolle als dominus litis ein, und zwar war er,

---

6) C. 1. de err. adv. 2, 10: Ea, quae advocati *praesentibus his*, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt ac si ab ipsis dominis litium proferantur.

wenn jener die Rolle des Verklagten spielte, procurator *in rem suam*. Bestellte ihn der Successor vor der Litiscontestation zum procurator, so bedurfte es hierzu nicht der Mitwirkung des Prätors [7]), während später nur causa cognita eine Stellvertretung unter entsprechender Abänderung der Formel, eine translatio iudicii möglich war [8]).

Einer Zustimmung des Gegners bedurfte es weder vor noch nach der Litiscontestation [9]).

Durch die Stellvertretung wurde das Rechtsverhältniß zwischen den ursprünglichen Partheien nicht im Geringsten berührt. Die intentio der Formel blieb dieselbe, die condemnatio wurde auf den procurator gerichtet oder causa cognita umgestellt, dem Kläger entweder vom Verklagten [10]) oder vom procurator selbst die cautio iudicatum solvi geleistet [11]), und es ging die actio iudicati nicht bloß (nach dem späteren Entwickelungsgange der processualischen Vertretung seit Gajus) gegen den Principal, sondern auch gegen den procurator in rem suam [12]), so daß also hier das Correalverhältniß zwischen dem Mandanten und dem Mandatar dem Kläger gegenüber in Wirksamkeit blieb, und dieser letztere durch die

---

7) Fr. 16. de proc. 3, 3.

8) Fr. 17 - 27. de proc. 3, 3.

9) Die Ansicht Heffter's System §. 177. n. 58, daß hierzu die Einwilligung des Gegners nöthig sei, entbehrt aller Begründung. Die von ihm angezogene Stelle (fr. 29. de proc.)-bezieht sich auf die actio iudicati.

10) Fr. 42 §. 2. de proc. 3, 3: Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati, sicut evenit, quum *in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus;* nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus (wenn der Verkäufer einer Erbschaft, von einem Erbschaftsgläubiger belangt, den Käufer zum procurator in rem suam bestellt hatte), vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, quum fideiussor reum procuratorem dedit.

11) *Gaius* IV, 101; Vatic. fragm. §. 317. Vgl. Bethmann-Hollweg Vers. S. 235 ff.; Keller Röm. Civilproc. §. 57.

12) Fr. 61. de proc. 3, 3; fr. 66, §. 2. h. t. 21, 2; fr. 4. pr. de re iud. 42, 1.

Stellvertretung sogar den Vortheil erlangte, zwischen beiden zu wählen. Hierauf bezieht sich das fr. 29. de proc. 3, 3:

> Si actor malit dominum potius convenire, quam eum, qui in rem suam procurator est, dicendum est, ei licere.

Außerdem war der Kläger rücksichtlich der bindenden Kraft der pronuntiatio im Eviktionsproceß auch dem Principal gegenüber gesichert, der dieselbe anzuerkennen verpflichtet war [13]).

Trat der Auktor als procurator in rem suam für den Successor auf, so bezogen sich zwar alle durch den Proceß selbst begründeten Rechtsverhältnisse lediglich auf ihn und die gegen ihn ausgesprochene Condemnation konnte, weil er eben das Risiko eines solchen Ausgangs des Processes übernommen, gegen ihn zur Vollziehung kommen, allein im Processe selbst handelte es sich lediglich um das Recht des Klägers dem Successor gegenüber, und aller materieller Vertheidigungsmittel bediente sich der Auktor nur Namens seines Mandanten und insoweit dieser selbst davon hätte Gebrauch machen können, weil der Kläger, der die Stellvertretung selbst nicht verhindern kann, durch dieselbe nicht in eine schlimmere Lage versetzt werden darf. Dieß ergibt sich daraus, daß die intentio, mag der Auktor zum procurator aktiv oder passiv bestellt sein, stets die nämliche Fassung erhielt, welche ihr ohne Stellvertretung zu Theil geworden wäre.

Handelte es sich also im Eviktionsprocesse, in welchem der Auktor Vertreter des Verklagten war, um Ertheilung einer exceptio, so wurde deren Zulässigkeit danach bemessen, ob sie dem Successor hätte gegeben werden müssen, und die Fassung der exceptio danach eingerichtet. Wurde z. B. der Publiciana in rem actio des Klägers die exceptio dominii entgegengesetzt, so lautete die exceptio immer: si ea res possessoris non sit [14]), auch wenn statt dessen der Auktor den Proceß übernommen hatte.

---

13) Fr. 63. de re iud. 42, 1; Keller Litisc. u. Urth. §. 45.
14) Fr. 17 de Publ. in rem act 6, 2.

Dafür, daß der letztere, wenn auch auf eigenes Risiko, doch nur Namens des Successors den Proceß führt und dessen Recht vertheidigt, bietet die Ausdrucksweise Macer's in dem berühmten fr. 63. de re iud. 42, 1. den klarsten Beleg:

Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis *de ea re, cuius* actio vel *defensio primum sibi* competit, sequentem agere *patiatur*, veluti si — experiri *passus sit* — possessor venditorem de proprietate rei emtae. — Is vero, qui priorem dominum *defendere causam patitur*, ideo propter scientiam praescriptione *rei quamvis inter alios iudicatae* summovetur, quia *ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit*, iudicatum est.

Eben wegen dieses reinen Repräsentationsverhältnisses kann auch der Successor in jedem Stadium des Processes die Rückübertragung desselben auf ihn selbst und damit die Entfernung des Auktors aus dem Rechtsstreite erwirken (nach der Litiscontestation allerdings nur nach vorgängiger Cognition des Prätors wegen der nunmehr erforderlichen translatio iudicii), und es kann sich der Auktor nicht, wie der Cessionar dem Cedenten gegenüber, darauf berufen, se non debere carere *propria* lite[15], weil er nicht, wie dieser, ein ihm vom Mandanten übertragenes Recht verfolgt, sondern eine von ihm dem Mandanten übertragene Sache gegen fremden Angriff schützt.

Aus demselben Grunde konnte auch der Auktor sich des ihm lediglich für eigene Processe zustehenden ius revocandi domum nicht bedienen, wenn er den Proceß für seinen evictionsberechtigten Successor übernehmen wollte, mochte er sich auf jenes Privileg vor oder nach der Litiscontestation berufen, da der Gegner des Klägers nicht der Verkäufer, sondern ausschließlich der besitzende Käufer ist[16]).

Den Auktor im Evictionsprocesse zum procurator in rem

---

15) **Fr. 25. de proc. 3, 3.**

16) **Fr. 49. pr. de iud. 5, 1; c. 1 ubi in rem act. 3, 19.**

suam zu bestellen, scheint während des Formularprozesses häufig vorgekommen zu sein [17]), und es empfahl sich dieß Verfahren durch seine Zweckmäßigkeit, indem dabei für das Interesse des Auktors und des Successors in entsprechender Weise gesorgt war und meistentheils ein späterer Regreßstreit wegen Erfüllung der Eviktionsverbindlichkeit abgeschnitten wurde.

Der Successor hatte dabei den Vortheil, daß er, aus dem Processe selbst ausscheidend, der Führung desselben und aller damit verknüpften Belästigungen überhoben war. Erheischte es sein Interesse, so konnte er in jedem Stadium des Processes von seiner Befugniß Gebrauch machen, seinem Prokurator zu assistiren [18]).

Erging im Eviktionsstreite eine pronuntiatio iudicis zu Gunsten des Gegners, so kam es darauf an, ob dieser den Successor bei Bestellung des Auktors zum procurator vom Processe gänzlich freigegeben hatte oder nicht [19]).

Im ersteren Falle, wo der Successor vollkommen durch die vom Prokurator vollzogene Litiscontestation liberirt war [20]), berührte ihn jene pronuntiatio, wie der ganze Proceß überhaupt,

---

17) **Fr. 49. pr. de iud. 5, 1; fr. 21. §. 2. 66. §. 2. h. t. 21, 2; fr. 63. de re iud. 42, 1.**

18) **Fr. 69. de proc. 3, 3: Paulus respondit, etiam eum, qui ad litem suscipiendam procuratorem dedit, causae suae adesse non prohiberi.** Diese Befugniß stand dem Successor selbstverständlich nur dann zu, wenn ihn der Gegner vom Processe nicht freigegeben hatte. Andern Falles wäre die **causa** nicht mehr ***sua*** gewesen.

19) Erkennbar war dieß bei der Bestellung eines **procurator *praesentis*** daran, von welchem von Beiden der Gegner sich die **cautio indicatum solvi** stellen ließ. Einen Fall der nicht erfolgten Freigebung enthält das (in N. 10 citirte) **fr. 42. §. 2. de proc. 3, 3.**

20) Diese Liberation fällt unter den Gesichtspunkt einer Delegation. Vgl. **fr. 11. de nov. 46, 2: Delegare est *vice sua* alium reum dare creditori *vel cui iusserit* (sc. creditor,** also mit Zustimmung des Gläubigers, vgl. auch **fr. 8. §. 5. 22. eod.). (§. 1.) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel *per litis contestationem* (sc. cum alio, cum procuratore).**

gar nicht, indem er die Sache behielt und der procurator demnächst die litis aestimatio zahlen mußte.

Im letzteren Falle dagegen, wo der Successor im Falle eines Ungehorsams gegen den arbitratus iudicis der Gefahr ausgesetzt war, vom Gegner auf die, den Werth der Sache möglicherweise unverhältnißmäßig übersteigende, litis aestimatio mit der actio iudicati belangt zu werden, konnte er mit sich zu Rathe gehen und mit dem Auktor sich darüber verständigen, ob dem arbitratus iudicis Folge zu geben sei oder nicht. In jenem Falle konnte er alsbald seinen Anspruch auf Eviktionsleistung verfolgen, je nachdem dieser durch vorgängige stipulatio pro evictione fixirt war oder nicht. Entschied sich der Auktor dafür, es zur litis aestimatio kommen zu lassen, und der Gegner verlangte und erhielt dieselbe vom Successor, so hatte dieser sicher ein Regreßrecht gegen den Auktor, auch auf denjenigen Betrag, der die etwa promittirte dupla überstieg, und zwar ex emto, da die durch die stipulatio duplae für die Entschädigung bestimmte Grenze als durch die nachherige Uebereinkunft der Contrahenten beseitigt anzusehen wäre.

Für das Interesse des Successors war ferner darin gesorgt, daß in allen jenen Fällen der Auktor das im Eviktionsstreite gegen ihn erlassene Urtheil auch dem Successor gegenüber, insbesondere in einem etwaigen späteren Regreßstreite, anerkennen mußte, und daß ihm jede Einrede eines Verschuldens in der Proceßführung abgeschnitten war, da er ja selbst sich dieser unterzogen hatte.

Die Bestellung zum procurator gereichte dagegen dem Auktor insofern zum Vortheile, als er in Folge seines s. g. dominii litis frei und unabhängig über die ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel disponiren, durch gütliches Abkommen mit dem Gegner der Committirung der stipulatio pro evictione vorbeugen oder bei ungünstigem Ausgange des Processes durch Zahlung der litis aestimatio, worein er condemnirt wurde, den Regreß des Käufers auf eine höhere dupla abschneiden konnte.

Nach Aufhebung des Formularprocesses wurde die Procedurform der extraordinaria cognitio, die schon vorher allmählig in ihr Gebiet Fälle der iurisdictio ordinaria hereingezogen hatte, zur Regel erhoben.

Die diesem Verfahren eigenthümliche Naturalexekution, welche der mit exekutiver Gewalt nicht bekleidete Privatrichter seinen Entscheiden und Befehlen nicht nachfolgen lassen konnte, wurde jetzt auch auf dem Gebiete der früheren arbiträren Klagen möglich, und während zur Zeit des klassischen Römischen Rechts auf direktem Wege die Befolgung des arbitratus iudicis nicht möglich, sondern nur im iuramentum in litem ein in den meisten Fällen wirksames indirektes Mittel gegeben war[21]), so konnte jetzt der Kläger, wenn die ihm zugesprochene Sache noch beim Verklagten existirte, diese selbst mittelst der vom Richter anzuwendenden Zwangsmittel erlangen[22]), und es hing jetzt vom Belieben des Klägers im Eviktionsprocesse ab, die gewaltsame Wegnahme der Sache zu erwirken oder sich sein Interesse mittelst des iuramentum in litem zu schätzen. Hierdurch verlor die Bestellung des Auktors zum procurator in rem suam nach einer wichtigen Seite hin ihre frühere Bedeutsamkeit.

Nichts wurde dagegen durch den Untergang des ordo iudiciorum privatorum an der processualischen Stellung des Auktors im Eviktionsprocesse geändert, mochte derselbe getrennt neben der Parthei am Rechtsstreite Theil nehmen oder seinen Beistand als Stellvertreter der Parthei wirksam werden lassen.

21) **Fr. 4. §. 3. fin. reg. 10. 1; fr. 2. §. 1. de in litem iur. 12, 3; fr. 73. de fidei. 46, 1; Savigny Syst. V, p. 123.**

22) Fr. 68. de rei vind. 6, 1. In dieser Stelle halte ich nicht mit Savigny a. a. O. die Worte *si quidem habeat rem manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur* für interpolirt, wenn auch im Originale statt **judicis** sich **praetoris** vorgefunden haben mag, und zwar deßhalb, weil Ulpian im 51. Buche **ad edictum**, aus dem jene Stelle entnommen ist, von Fideicommissen, also einem Zweige der **extraordinaria cognitio**, gehandelt hat, hier also Naturalexekution zuläßig war. Vielmehr finde ich mit Wetzell Röm. Vindikationsproceß S. 126 sq. die Interpolation in der Hinzufügung des Schlußsatzes: **Haec sententia generalis est etc.**

Diese Anschauung ist in unserem gemeinen Processe ungetrübt verblieben. Hier gilt der Auktor, auf erfolgte Litisdenuntiation dem Processe hinzutretend, als s. g. accessorischer Intervenient, und zwar dergestalt, daß seine Beihülfe lediglich von der fortdauernden Zustimmung des Denuntianten abhängt[23]).

Wird dem Auktor von der Parthei die Vertretung im Processe vollständig übertragen, so geht zwar die Beistandleistung als minus in jener Repräsentation der Parthei als in dem maius unter, da jedoch die Grundsätze des Mandats für den Austritt des Prokurators, als des reinen Organs der Parthei, aus dem Processe entscheiden, ohne daß es einer causae cognitio des Gerichtes bedarf[24]), so hängt es auch hier vom Willen der vertretenen Parthei ab, durch Revokation des Mandats auch den accessorischen Beistand des Auktors zu beseitigen.

Ganz die nämlichen Grundsätze entscheiden jetzt über die processualische Stellung der übrigen Regreßpflichtigen, denen der Streit verkündigt werden kann[25]).

## §. 12.

### Fortsetzung.

Ich wende mich nunmehr zur Erörterung der rechtlichen Natur der dem Denuntiaten obliegenden Vertheidigungspflicht, indem ich mich auch hier lediglich auf die Eviktionsfälle beschränke.

Die zu beantwortende Frage lautet hier dahin: Ist der Auktor zur Beistandleistung dem Successor präcis verpflichtet, so daß letzterer dieserhalb ein Klagerecht hat, oder ist jene Verbindlichkeit eine rein hypothetische, nicht erzwingbare, dergestalt, daß ihre Erfüllung dem Denuntiaten lediglich im eigenen

23) Vergl. außer den Lehrbb. noch Gensler im A. f. c. P. B. IV, p. 169. 180 sq.; Brauer ebendaselbst B. XXIV, §. 5 u. 18 Fischer l. c. §. 27; *Stever* l. c. p. 19 sq.

24) Bethmann-Hollweg Vers. S. 240 sq. 246 sq.

25) Vgl. die Citate der Note 23.

Interesse, zur Vermeidung anderweiten Nachtheils, anheimgestellt bleibt?

Bereits oben (§. 3. Note 40.) wurde erwähnt, daß der Käufer auf Eingehung der stipulatio duplae alsdann ein Klagerecht hatte, wenn dieselbe in Kaufgeschäften der fraglichen Art herkömmlich war, im concreten Falle aber beim Abschlusse des Kaufes nicht erlassen, sondern nur vergessen war. Alsdann konnte der Käufer mit der actio emti auf Promission der dupla klagen, und eine condemnatio dupli erwirken.

Der Verlauf eines solchen Processes zur Zeit der formulae war wohl der. Die vom Prätor ertheilte Formel hatte die praescriptio: ea res agatur de stipulatione duplae contrahenda, um das *eo nomine* agere zu präcisiren und der consumtio actionis emti in anderen Richtungen vorzubeugen, und hieran reihten sich die übrigen Bestandtheile: Quod Aulus Agerius a Numerio Negidio fundum Cornelianum H.-S. X. M. emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N$^m$. N$^m$. A$^o$. A$^o$. dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N$^m$. N$^m$. A$^o$. A$^o$. condemna etc. Entschied sich der iudex für den Kläger, so erließ er wahrscheinlich zunächst einen arbitratus an den Verklagten, die dupla pro evictione zu promittiren [26]), dessen Befolgung zu einer absolutorischen Sentenz führte [27]), während im Falle des Ungehorsams der Kläger dahin condemnirt wurde, daß er im Falle der Eviktion die dupla pretii zu leisten habe. Ohne Zweifel wurde diese Leistung genau von den Voraussetzungen abhängig gemacht, unter welchen der freiwillig promittirende Verkäufer die stipulatio duplae abschloß.

Mittelst jener Klage wurde die Promittirung der dupla nachträglich dem Verkäufer abgenöthigt oder durch die Condemnation ersetzt, und die Klaganstellung war, falls der Verkäufer den Abschluß der Stipulation verweigerte, deßhalb unerläßlich, weil sonst nach erfolgter Eviktion der Käufer lediglich auf

---

26) Fr. 9. de praescr. verb. 19, 5.

27) *Gaius* IV, 114.

das Interesse klagen konnte und hierbei die immerhin schwierigere Liquidation desselben zu erbringen hatte. Der Käufer verschafft sich also hier vor erfolgter Eviktion einen Anspruch, auf welchen er nachher kein Recht mehr haben würde.

Ganz anders verhält es sich mit der in dem Wesen des Kaufgeschäfts für den Verkäufer begründeten Defensionspflicht, mag deren Erfüllung noch besonders (in der stipulatio duplae) versprochen sein oder nicht. Sie ist eine Folge der Verpflichtung, dafür zu sorgen, ut emtori rem ex causa emtionis habere liceat, einer Obsorge, welche im Falle eines im Wege des Processes erfolgten Angriffes Seitens eines Dritten sich nur darin äußern kann und deßhalb sich darin äußern muß, diesen Angriff zu beseitigen. Nur wenn er dieß mit Erfolg gethan hat, wenn der richterliche Ausspruch dem Käufer das Behalten der Sache sichert, ist der Beistand leistende Käufer von der Entschädigungspflicht (mag deren Gegenstand fixirt sein oder nicht) befreit, während entgegengesetzten Falles die Beistandleistung selbst dem Auktor Nichts nützt, vielmehr das vitium in iure transferentis erst recht klar herausstellt.

Auf der anderen Seite ist, wenn die Sache nicht evincirt wird, der Verkäufer wiederum seiner Entschädigungspflicht überhoben, er mag nun den Verkäufer vertheidigt oder dieß unterlassen haben und es mag im ersteren Falle seiner Vertheidigung der Obsieg zu verdanken gewesen sein oder nicht, weil der Käufer die Sache behält und der Beistand des Verkäufers entweder erfolgreich oder überflüssig war. Die Grundlage der Entschädigungsverbindlichkeit des Auktors ist hiernach die Eviktion selbst nach erfolgter Entscheidung des Richters dem auf das vom Verkäufer übertragene Recht gestützten Käufer gegenüber, rem ei ex emto habere non licere. Die Beistandleistung des Auktors für sich benimmt nicht dem Käufer das Regreßrecht und ihre Unterlassung erzeugt ebensowenig die Regreßpflicht.

Diese Beziehungen zwischen der Defensionspflicht des Auktors und dessen Eviktionsverbindlichkeit finden sich auch in unseren Quellen bestätigt; denn die stipulatio duplae ist ohne Rücksicht

auf vorangegangene Defension des Auktors mit der richterlichen Entscheidung committirt, insofern derselben die Befolgung des arbitratus iudicis oder die Leistung des Judikats nachfolgt, und kommt es aus irgend einem Grunde nach der pronuntiatio zu keiner von beiden, so wird die eingetretene commissio stipulationis resolvirt[28]), und das Nämliche ist ohne Beziehung auf eine vorangegangene stipulatio pro evictione für die actio emti ausgesprochen[29]).

Dafür, daß der Beistand des Auktors, wenn er erfolglos war, ebenso wie dessen Unterlassung an der Eviktionsverbindlichkeit Nichts ändert, haben wir einen ausdrücklichen Beleg in c. 23. h. t. 8, 45:

> Quum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint, si velut obligata sibi respublica Thessalonicensium pignoris instituat iure persequi, quae comparasti, auctoris heredibus quocunque gradu constitutis assistere negotio denuntia. Quod *sive praesentibus his* fundus, quem emisti, fuerit evictus, *sive absentibus*, postea quanti tua interest rem evictam non esse, teneri publice notum est.

Hat der Käufer den Verkäufer zur Hülfeleistung aufgefordert und dieser kommt dieser Aufforderung nicht nach, so wird dadurch der Erstere nicht etwa der eigenen Vertheidigung dem

---

28) Vgl. Fr. 1. 13. 16. §. 1. 21. §. 1, 3. 22. pr. §. 1. 27 28. 33. 34. §. 1–2. 35. 39. pr. 41. §. 2. 53. pr. 55. pr. 57. pr. §. 1. h. t. 21, 2.

29) Fr. 1. pr. de rer. permut. 19, 4: *si evicta res non sit, nihil* (venditor emtori) *debet;* c. 3. h. t. 8, 45: Qui rem emit. et post possidet, *quamdiu evicta non est*, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest; c. 6. eod.: Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, *re evicta* ex emto competere actionem; c. 21. eod.: Emti actio longi temporis praescriptione non submovetur, *licet post multa spatia rem evictam emtori fuerit comprobatum.* Vgl. fr. 23. §. 1. de usucp. 41, 3; fr. 66. §. 2. h. t. 21, 2; fr. 84. §. 5. de leg. 1; c. 9. h. t. 8, 45.

Evincenten gegenüber überhoben, vielmehr muß er dieser nach besten Kräften sich unterziehen, wenn er nicht wegen verschuldeter Eviktion seines Entschädigungsanspruches verlustig gehen will [30]).

Hieraus ergibt sich, daß die Defensionsleistung des Auktors für den Käufer nur insofern von Interesse ist, als Ersterer die Macht und den Willen hat, ihn mit Erfolg gegen den Angriff des Evincenten zu schützen.

Von viel größerer und auf den Entschädigungsanspruch selbst direkt influirender Bedeutung ist für den Käufer die Aufforderung an den Verkäufer zur Erfüllung seiner Defensionspflicht; denn hierdurch erfüllt jener, wenn eine stipulatio duplae abgeschlossen ist, eine seinen Anspruch auf die dupla bedingende Obligation, wenn dagegen jene Stipulation nicht eingegangen ist, so entgeht er demnächst der exceptio culpae gegen seinen auf die Eviktion gestützten Entschädigungsanspruch. Zu jener Aufforderung bedarf es aber keiner Klage, sondern es genügt die Litisdenuntiation, welche die Mahnung [31]) zur Erfüllung der Defensionspflicht enthält. Grade die Aufnahme der Litisdenuntiation in die Stipulationsformel als einer Voraussetzung des Anspruchs auf die promittirte dupla zeigt deutlich, daß die Römischen Juristen die Defensionsleistung des Auktors als in dessen Interesse, zur Abwendung der eventuellen Entschädigungsverbindlichkeit, geschehend ansahen.

Von einem selbstständigen Klagerecht des Käufers kann also da nicht die Rede sein, wo er durch die Mahnung sein Interesse vollständig wahrt und die Erfüllung im Interesse des Verpflichteten erfolgen würde.

Zu demselben Resultate gelangt man, wenn man sich den Verlauf eines solchen Processes vergegenwärtigt.

Mit der actio ex stipulatu würde der Käufer nicht haben klagen können, weil diese erst nach geschehener Eviktion committirt

---

30) Fr. 55. pr. h. t. 21, 2; c. 8. h. t. 8, 45.

31) C. 21. h. t.: *interpellare* venditorem sive successorem eius debes, ut tibi assistant causamque instruant.

worden wäre [32]). Gesetzt nun, der Käufer klagte mit der actio emti auf die Defension, so würde, wenn sich der verklagte Auktor weigerte, dem deßhalbigen Vorentscheide des iudex zu gehorchen, dieser außer Stand gewesen sein, der ihm obliegenden Verbindlichkeit zur Condemnation nachzukommen, da erst mit der Eviktion dem Käufer ein Entschädigungsanspruch erwuchs, bis dahin also es ungewiß war, ob dieser seinen Verkäufer auf Eviktionsleistung belangen könne. Wegen dieser Ungewißheit war eine Abschätzung der verweigerten Defension in Geld unmöglich. Eine Condemnation zur Entschädigung für den Fall demnächstiger Eviktion im Allgemeinen war ebenso unthunlich, da der iudex zu certa pecunia verurtheilen mußte. Mit einer so inhaltslosen Condemnation wäre auch dem Kläger nicht gedient gewesen. Eben wegen jener Unmöglichkeit, zu condemniren, würde meines Bedünkens der Prätor von vorn herein die Ertheilung der Formel versagt haben.

Hierzu kommt noch, daß bis zur Ertheilung der pronuntiatio, wie dem Käufer die Litisdenuntiation, so auch dem denuntiirten Verkäufer die Assistenz offen stand [33]), bis zu diesem Zeitpunkte also von einem Verzuge desselben in Erfüllung der Verbindlichkeit nicht die Rede sein konnte, und somit eine vorher angestellte Klage, die präcise Berechtigung auf Defension selbst einmal unterstellt, als verfrüht hätte zurückgewiesen werden müssen. Nach Erlaß einer dem Evincenten günstigen pronuntiatio wäre aber jene Klage offenbar verspätet, weil nunmehr der Auktor nicht mehr im Stande war, rem defendere. Diese pronuntiatio (mit ihren Folgen) führte jetzt zur Begründung der Entschädigungspflicht wegen Eviktion.

---

32) Mit Recht bemerkt Ribbentrop Correalobl. S. 206, daß, wenn die actio ex stipulatu schon mit der unterlassenen Defension im Eviktionsprocesse verwirkt worden wäre, die Römischen Juristen ausdrücklich und öfters diese erhebliche Regel erwähnt und die Uebereinstimmung der stipulatio duplae mit der cautio iudicatum solvi in jenem Punkte hervorgehoben hätten.

33) Vgl. oben §. 10.

Hiernach sind alle diejenigen Stellen, welche von einer Verpflichtung des Auktors zum defendere sprechen [34]), nicht von einer erzwingbaren Verbindlichkeit, sondern nur dahin zu verstehen, daß der Auktor in seinem eigenen Interesse, zur Abwendung eines ihm drohenden Nachtheiles, der Defension sich unterziehen muß, dieselbe jedoch auf seine Gefahr unterlassen kann [35]).

Für eine Zwangspflicht des Auktors und ein Klagerecht des Successors auf Defension werden zwar von manchen Schriftstellern einige Stellen namhaft gemacht, jedoch mit Unrecht.

Dazu gehört zunächst ein Ausspruch von Hermogenian in fr. 74. §. 2. h. t. 21, 2 [36]):

> Mota quaestione interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor *conveniri* potest.

Wenn auch conveniri meistens „klagen, im Rechtswege belangen" bedeutet, so wird es doch auch häufig von außergerichtlichem Anmahnen und Auffordern gebraucht, ja es bezeichnet, mit und ohne den Zusatz *testato*, gerade so viel als denuntiare [37]).

---

34) Fr. 85. §. 5. 139. de v. o. 45, 1: auctoris heredes *debent* subsistere; fr. 62. § 1. h. t. 21, 2: omnes defendere *debent*.

35) *Huber* prael. ad P. XXI, 2, n. 17. bezeichnet dieß treffend mit den Worten: *secundum quid* necessarios defensores esse — auctores in casu evictionis, qui, *cum ad illos periculum redundet, si rem bene curare sibique consulere velint*, emtores, saepe ut *in re alieni periculi* negligentius agentes, defendere coguntur: *non absolute aut inviti,* sed *re ipsorum ita flagitante.*

36) Auf diese Stelle bezieht sich Heffter l. c. §. 501. n. 41.

37) So wird in den beiden fast gleichlautenden Stellen (fr. 85. §. 5 und 139. de v. o. 45, 1), in der ersteren mit denuntiare, in der letzteren mit convenire die Streitverkündigung bezeichnet. Vgl. außerdem fr. 10. §. 12. mand. 17, 1. (si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique etc.); fr. 10. §. 3. de his quae in fraud. cr. 42, 8. (testato conventus, ne emeret); fr. 122. §. 3. de v. o. 45, 1. (quum — testato convenerit et desideraverit, ut — emerent); c. 10. de pign. 8, 14. (denuntiationibus conveniendi). Die Litisdenuntiation als Proceßeinleitung hieß, auch nachdem sie seit Constantin durch Vermittlung der competenten Behörde geschehen mußte, conventio, c. 1. §. 1. C. Th. de act. cert. temp. fin. 4, 14; c. 3. de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39. Vgl. auch *Huber* l. c.; Glück l. c. p. 420.

Eine andere, hierher gezogene, Stelle rührt von Julian her in fr. 75. de proc. 3, 3:

Qui absentem emtorem eundemque possessorem fundi defendebat et iudicium nomine eius accipiebat, postulabat a venditore fundi ut ab eo defenderetur; venditor desiderabat caveri sibi, ratam rem emtorem habiturum; puto eum venditori de rato satisdare debere, quia, si fundum agenti restituerit, nihil prohibet dominum rem petere, et *cogi venditorem rursus defendere.*

Der procurator deducirte nach der Entwicklung des processualischen Repräsentationsverhältnisses zur Zeit des späteren klassischen Rechts (nach Julian und Gajus zur Zeit des Ulpian und Paulus) die Sache in das iudicium, so daß es einer cautio de rato nicht bedurfte, während der *defensor* vor wie nach diese Caution dem Gegner leisten mußte, weil durch seine Litiscontestation für den dominus die Sache nicht in iudicium deducirt, ein ungünstiges Erkenntniß für ihn nicht verbindlich wurde und einer von ihm später angestellten Klage die exceptio rei iudicatae nicht entgegengesetzt werden konnte [38]).

Hatte also in unserem Falle A als defensor für den abwesenden Käufer und Besitzer B den Eviktionsproceß übernommen, so hatte er auch dem Kläger D die cautio de rato leisten müssen [39]). Diese schützte zwar den Kläger gegen die Nachtheile der Nichtratihabition, keineswegs aber den Auktor C, der trotz der Defension im jetzigen Processe demnächst im Vindicationsprocesse des B gegen D den Ersteren gegen den Einwand des D, selbst Eigenthümer zu sein, vertheidigen müßte, um der Eviktionsleistung, von welcher er in Folge der Nichtanerkennung des früheren Urtheils Seitens des Käufers nicht befreit worden ist, durch Erwirkung eines günstigen Urtheils zu entgehen. Deßhalb erscheint der Anspruch des Auktors, daß der defensor auch ihm cautio de rato zu stellen habe, vollkommen gerechtfertigt.

38) Fr. 27. pr. de proc. 3, 3; fr. 31. 56. de iud. 5, 1. Bethmann-Hollweg Vers. S. 190 sq.

39) Vgl. fr. 40. §. 2. de proc. 3, 3.

Auch hier ist das cogi nur von einer Nöthigung im eigenen Interesse zu verstehen[40]).

An einen anderweiten Zwang konnte Julian nicht denken, am wenigsten an einen in einem etwaigen Processe des Käufers gegen den Auktor wegen Defensionsleistung anwendbaren Zwang; denn der Judex hatte keine Exekutionsbefugniß. Ebensowenig ließe sich aber die Annahme rechtfertigen, daß es sich hier um Nöthigung des Auktors zur Vertretung des Käufers B im Vindikationsprocesse gegen D selbst handle; denn der Prätor zwingt nur den procurator des Verklagten, wenn er in die Vertretung desselben consentirt hat, zur Uebernahme des Judiciums[41]) durch andernfalls zu gewärtigende missio in bona, während die Weigerung eines Dritten, für den Kläger litem zu contestiren oder in einem späteren Stadium für ihn den Proceß zu übernehmen, nur die Folge haben kann, daß der Prätor die Formel auf den Dritten aus- oder umzustellen verweigert.

Ganz im nämlichen Sinne, von einer Nöthigung im eigenen Interesse und zur Abwendung eines im Unterlassungsfalle zu leidenden Vermögensnachtheils, gebraucht derselbe Julian den Ausdruck cogere in fr. 14. §. 1. iud. solv. 46, 7:

> Quoties ex stipulatione iudicatum solvi ob rem non defensam agitur cum fideiussoribus, non est iniquum caveri, dominum priore iudicio absolvi, quia omissa cautione fideiussores mandati iudicio non consequentur, aut certe *cogentur*, dominum priore iudicio defendere.

Da wegen unterbliebener Litiscontestation der Klaganspruch gegen den Mandanten noch nicht consumirt war, so konnte der

40) So versteht diese Stelle richtig *Pufendorf* Obs. iur. univ. T. II o. 35. §. 13: Quod in l. 75. de proc. continetur, cogi venditorem iterum defendere, non eo pertinet, quasi venditor omnino respectu emtoris ad defendendam rem cogatur, sed eo, quod venditor, *quia ipsius intersit, ne evictionem praestet,* rem defendere cogatur. Cogere finden wir auch von einer lediglich moralischen Verbindlichkeit in unsern Quellen gebraucht, so z. B. in fr. 3. §. 9. 34. de neg. g. 3, 5.

41) Fr. 8. §. 3. de proc. 3, 3.

Kläger denselben trotz der Zahlung der Bürgen ob rem non defensam weiter verfolgen, insbesondere missio in bona erwirken und dadurch indirekt den Verklagten zur Uebernahme des Judiciums nöthigen, und falls der Verklagte dann condemnirt wurde, so müßte er doppelt leisten, das Judicat an den Kläger und den Ersatz an die Bürgen. Dieß erschien unbillig und es konnten die Bürgen diesen Ersatz im iudicium mandati nur dann erlangen, wenn sie sich vom Kläger des früheren Processes eine Caution (auf Rückerstattung des ihm Gezahlten) dafür hatten bestellen lassen, daß der Kläger den Verklagten von seiner Verbindlichkeit freigebe. Unterließen sie dieß, so hatten sie im iudicium mandati eine auf jene Gefahr doppelter Zahlung gestützte exceptio zu gewärtigen, deren Erfolg entweder der war, daß ein absolutorisches Erkenntniß erging, oder daß sie nur gegen eine cautio defensum iri (Uebernahme der Sache als procuratores in rem suam) Ersatz des an den früheren Kläger Gezahlten erhielten. Julian läßt es unentschieden, welcher Verfahrungsweise der Vorzug zu geben sei. Entschied sich der iudex für die letztere, so waren die Bürgen bei Fortsetzung des früheren Processes zu der Uebernahme desselben genöthigt, wenn sie nicht Gefahr laufen wollten, im Falle ungünstigen Ausgangs aus der committirten Caution Ersatz des Judicats an ihren Mandanten zu leisten.

Dafür, daß der Litisdenuntiat dem Denuntianten gegenüber nicht zur Beistandsleistung im Eviktionsprocesse absolut verpflichtet sei, haben sich auch die meisten älteren und neueren Schriftsteller entschieden[42]).

---

42) Vgl. *Calletius* l. c. ad l. 7. c. 2. n. 1, 3; *Donellus* Comm. XIII, 2 (p. 138. pr.); *Ummius* l. c. n. 32; *Pothier* l. c. n. 115; *Berger* Oec. iur. III, 8, 5, n. 17 u. Sel. disc. for. T. 14. obs. 1. pr.; *Böhmer* Cons et dec. T. III P. II dec. 6; *Pufendorf* Obs. iur. univ. T. I o. 35 §. 12; *Hommel* Rhaps. quaest. obs. 191. n. 7; Gönner l. c. §. 5. n. 6; Gensler im A. f. c. Pr. B. IV S. 187; Danz l. c. §. 471, 2; Martin l. c. §. 307; Glück l. c. p 419—420; Linde l. c. §. 112; Bayer l. c. p.

## §. 13.

### Fortsetzung.

Aus den oben dargestellten Grundsätzen über den Inhalt und das Wesen der dem Auktor obliegenden Defensionsverbindlichkeit ergibt sich für die Regelung des processualischen Verfahrens die Folgerung, daß der Litisdenuntiat, wenn er nicht als Procurator des Denuntianten in dessen Namen den Proceß fortführt, neben demselben und mit dessen Bewilligung als accessorischer Intervenient zu dessen Obsiege behülflich mitwirkt, und daß in dem Hauptprocesse ein Zwischenverfahren über die Defensions- und Eviktionsverbindlichkeit völlig unzulässig ist.

Die unrichtige Auffassung des Römischen Rechts hat indessen in manchen Ländern ein Verfahren über jene Verbindlichkeiten des Auktors statuirt, welches, bald formell von dem Hauptprocesse geschieden, bald in denselben verwoben, immerhin auf dessen Fortgang influirt hat. Dieses Verfahrens in seinen ausgeprägtesten Formen hier zu gedenken, scheint mir gerechtfertigt, theils um des schärfern Gegensatzes zu dem gemeinrechtlichen Verfahren willen, theils weil das letztere von Beimischungen der dem ersteren Verfahren zu Grunde liegenden Anschauungsweise in einer Zeit nicht frei geblieben ist, wo eine strenge Sonderung des gemeinen und des particularen Proceßrechts noch nicht Aufgabe der Wissenschaft geworden war.

---

74; Schmid l. c. p. 160; *Stever* l. c. p. 33 sq. *Huber* prael. ad P. XXI, 2. n. 17—18. und *Wernher* Obs. T. I P. I obs. 251. vertheidigen zwar auch die oben aufgestellte Ansicht, statuiren jedoch nach dem Vorgange von *Guterius* de contr. iur. c. 61. n. 11. eine Ausnahme alsdann, wenn der Auktor ausdrücklich die Vertretung versprochen hat, wie dieß bei Abschluß der stipulatio pro evictione der Fall war. Es wird sich hierfür auf fr. 35. §. 3. de proc. (3, 3) berufen, diese Stelle behandelt jedoch nur die Frage, ob und inwieweit die Personen, welche ohne Mandat (ex mandato praesumto, nach dem neueren Sprachgebrauche) für einen Andern klagen können (vgl. das pr.) diesen gegen eine mutua petitio des Verklagten vertheidigen müssen.

Ich betrachte hierbei vorzugsweise das Verfahren in Frankreich, in den Ländern des sächsischen Rechtes und bei den Reichsgerichten.

Schon Caballinus[43]) ist der Ansicht, daß dem Käufer eine selbstständige Klage auf Defension gegen den Auktor vor erlittener Eviktion zustehe und daß im Falle geleisteter Defension das Gericht, welches den Eviktionsproceß verhandelt, auch zur Entscheidung über die Eviktionsleistung competent sei[44]).

Dieser Ansicht entsprach das französische Gewohnheitsrecht, wonach auch die Klage auf Defension selbst vor das Forum des Eviktionsprocesses gehörte. Dieses Gewohnheitsrechts erwähnt Imbertus, ein gleichfalls im 16. Jahrhunderte lebender französischer Jurist, in seinen Institutiones forenses Galliae I, 20, obwohl derselbe hierin eine vom Römischen Rechte abweichende, durch Mißverständniß hervorgerufene Neuerung erkennt (l'on a amené un stille).

Hiernach hatte der Eviktionsberechtigte die Wahl zwischen der Litisdenuntiation und einer förmlichen Klage.

Begnügte er sich mit der ersteren, dann stand es im Be-

---

43) Molinäus (1500—1566) ist noch jetzt in Frankreich als praktischer Jurist eine bedeutende Auktorität (Pothier nennt ihn fori Gallicani lumen), und seine sowie Pothier's († 1772) Werke sind bei der Abfassung des französischen Civilgesetzbuches vielfach zu Grunde gelegt worden.

44) L. c. in den addit. nov. ad § 3. n. 27. s. v. defendendam: Et propterea actio lite mota non datur ad pretii restitutionem, nec de evictione, sed solum ad defendendum, vel cavendum aut liberandum, l. si plus §. mota de evict. (fr. 74. §. 2. de ev. 21, 2), l. qui rem. l. sive in libertatum et l. si post, et ubique glossa, C. eod. (c. 3. 12. 24. de ev. 8, 45) unter Berufung auf Paulus de Castro Cons. 207. n. 4. — §. 3. n. 129: Iudex, coram quo venditor defendit causam, an poterit cognoscere inter emtorem et venditorem in causa evictionis circa interesse vel poenam dupli? Dicendum est, quod sic, quia hoc venit in consequentiam primae litis, arg. l. cum vendente C. ubi causa fisc. (c. 4. 3, 26), ebenfalls mit Bezug auf *Paulus Castrensis* zu dieser Stelle, der sich daselbst noch auf fr. 39 de ev. 21, 2. stützt.

lieben des Auktors, der Vorladung zu gehorchen, und, blieb er aus, so war er für die Proceßkosten nicht eher tenent, als bis er in Folge der am Forum des Auktors durchgeführten Eviktionsklage (requête formelle) unterlegen hatte[45]).

Wählte dagegen der Regreßberechtigte seinem Interesse entsprechender die förmliche Klage (requête formelle), so stellte er dieselbe am Forum des Eviktionsprocesses gegen den Auktor an mit der alternativen Bitte (conclusion), ihn (erfolgreich) zu vertheidigen oder zu entschädigen[46]).

Diesem Gerichtsgebrauche sich anschließend, hat hierauf eine Ordonnance von Ludwig XIV., touchant la réformation de la justice, vom April 1667[47]) im 8. Titel: des garans in 15 Artikeln das Verfahren näher bestimmt.

Die in der vorgeschriebenen Frist angestellte Garantieklage gibt dem Verklagten für den Hauptproceß eine dilatorische Einrede[48]).

Der Garantiebeklagte hat sich beim Forum der Hauptklage einzulassen, auch dann, wenn er die Garantieverbindlichkeit bestreitet. Eine Ausnahme begründet nur das Recht auf privilegirten Gerichtsstand.

Will er den Hauptproceß für den Garantiekläger übernehmen (prendre le fait et cause pour le garanti), so ist ihm dieß (im Falle der garantie formelle, d. h. pour les matières

45) *Imbertus* l. c.: Nul ne compare en l'adjournement à luy baillé en gariment, *s'il ne veut*, et n'est tenu payer aucuns despans ne amende de deffaut qu'il faict; au moins si non après qu'il est succombé en la requeste formelle contre luy intentée faute d'avoir prins le gariment.

46) *Imbertus* l. c.: qu'il face cesser le procès, autrement et à faulte de ce qu'il soit condamné ès dommages et intérests. — Vgl. *Calletius* l. c. c. 2. (bei Meermann p. 331).

47) Dieß ist das Hauptproceßgesetz des früheren französischen Rechts und die Grundlage des code de procédure civile, abgedruckt im Recueil général des anciennes lois françaises von Isambert, Decrusy und Taillandier, T. XVIII p. 103 sq.

48) Wegen dieser Wirkung hat der Gesetzgeber den Vorschriften über diese Klage einen Platz zwischen den Titeln 7 (des délais pour délibérer) und 9 (des exceptions dilatoires etc.) angewiesen.

réelles ou hypothécaires, also in Eviktionsfällen) gestattet. Alsdann kann der Garantiekläger im Hauptproceß auf sein deßhalbiges, vor der Litiscontestation gestelltes, Ansuchen der eigenen Vertheidigung enthoben werden (il sera mis hors de cause), obwohl er stets assistiren darf; der Auktor erscheint alsdann aber nichts destoweniger lediglich als Prokurator desselben, indem das kondemnatorische Erkenntniß nur bezüglich der Kosten und Schäden gegen den Garanten, im Uebrigen aber gegen den Vertretenen exequirt wird.

Bestreitet der Garantiebeklagte seine Verbindlichkeit, so werden die beiden Processe gleichzeitig verhandelt, und ein Erkenntniß entscheidet über beide im Falle gleichzeitiger Spruchreife [49]).

Im Wesentlichen finden sich diese Vorschriften, fast wörtlich, im Code de procédure civile art. 175—185 wiederholt.

Ebenso erwähnt Huber [50]) der Praxis bei den Friesischen Gerichten, wonach außer der Denuntiation der Eviktionsberechtigte beim Gerichte der Hauptsache den Auktor auf Uebernahme der Vertheidigung belangen könne, und bezeugt, daß dieß Gericht auch über die Defensionspflicht entscheide.

In einer diesem Verfahren ähnlichen Weise hatte sich das Verfahren in den Ländern sächsischen Rechts gestaltet.

Die Churfürstlich Sächsische Proceß- und Gerichtsordnung vom 28. Juli 1622 schreibt im Titel XIV (von der Litisdenuntiation) vor, daß auf die vor oder nach der Litiscontestation erfolgte Litisdenuntiation der Denuntiat zum nächstfolgenden Termine vorgeladen, auch, wenn der Streit im ersten Termine vor der Litiscontestation verkündigt worden, der Hauptsache bis zum nächstfolgenden Termine Anstand gegeben, hierneben aber dem Verklagten die Litiscontestation in diesem folgenden Termine auferlegt werden solle (§. 1). „Wenn aber der, welchem der Krieg angekündigt, auf denselben Termin nicht erscheint, soll derowegen die Sache länger nicht verschoben werden, sondern

---

49) Vgl. *Pothier* l. c. n. 107—108. 113—114.
50) Prael. ad P h. t. n. 17.

nichts minders Beklagter zu verfahren schuldig sein, und sich auf die beschehene Litisdenuntiation, welche hierdurch ihre Kraft und Wirkung erreichet, hinwiederum an seinem auctore zu erholen haben" (§. 2). Erscheint der Denuntiat im Termine und ist zur Vertretung bereit, so kann er assistiren oder defensorio sive procuratorio nomine den in lite verbleibenden Verklagten vertheidigen (§. 3).

Die Verfahrungsweise gegen den Litisdenuntiaten für den Fall seines Ausbleibens im angesetzten Termine sowohl als für den im Gesetze nicht erwähnten Fall, daß er zwar erscheint, seine Vertretungspflicht aber bestreitet, bildete nun die Praxis dahin aus, daß sie ein Ungehorsams- bezw. ein summarisches Verfahren im Hauptverfahren über die Vertretungspflicht des Auktors statuirte.

Blieb nämlich der Denuntiat aus, so klagte ihn der Denuntiant des Ungehorsams an und es erging ein Erkenntniß dahin, daß der Streit zur Genüge verkündigt und der Denuntiat den Denuntianten zu vertreten schuldig sei.

Bestritt dagegen der Denuntiat im Termine diese Verbindlichkeit, so wurde in summarischer Weise verhandelt, das Beweisverfahren eröffnet und ein Erkenntniß gegeben, welches, wenn zu Ungunsten des Denuntiaten ausgefallen, dahin lautete, daß derselbe Einwendens ungeachtet den Denuntianten gebührlich zu vertreten schuldig sei.

Nachdem dieß Urtheil die Rechtskraft beschritten, mußte der Denuntiat nochmals den Richter bitten, den Denuntianten zur Vertretung zu laden, im Falle seines Ausbleibens aber den insolange suspendirten Hauptproceß selbst fortführen [51]).

Dieser Einmischung eines Streites zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten in den dadurch suspendirten Hauptstreit steuerte die Erläuterte Proceßordnung vom 10. Januar 1724 Tit. XIV, §. 1. Hiernach soll zwar auf eine, lediglich binnen 8 Tagen vor dem ersten Termine zulässige, vom Be-

51) Vgl. *Stryk* l. c. §. XX—XXVII.

klagten bewerkstelligte Litisdenuntiation ex officio ein anderweiter, eine völlige sächsische Frist umfassender, Termin anberaumt und hierzu außer den Partheien auch der Denuntiat bei Strafe vorgeladen und die Güte versucht werden, beim Ausbleiben desselben jedoch nur auf die Strafe erkannt, der Sache selbst aber kein weiterer Anstand gegeben, sondern auf die Litisdenuntiation gewöhnlicher Maßen erkannt werden. „Dergleichen auch billig geschiehet, wenn Litisdenuntiat zwar erscheinet, bei Entstehung der Güte aber den Hauptproceß mit fortzusetzen sich verweigert, als wozu derselbe wider Willen nicht verbunden."

Ist der Litisdenuntiat dagegen zur Vertretung bereit, so erfolgt diese nach den Vorschriften der alten Proceßordnung.

Hierdurch ist ein Zwischenstreit über die Defensionspflicht im Hauptprocesse gänzlich abgeschnitten und es kann in Anerkennung des Grundsatzes, daß der Beistand vom Willen des Denuntiaten abhänge, auf dessen Ausbleiben oder Verweigerung der Assistenz das Erkenntniß nur dahin lauten, daß es bei der Denuntiation sein Bewenden habe [52]), während der Hauptproceß seinen ungehinderten Fortgang nimmt und im condemnatorischen Enderkenntnisse dem Denuntianten der Regreß gegen den Denuntiaten vorbehalten wird [53]).

Beim Reichskammergerichte enthielt die Litisdenuntiation eine Darlegung der Regreßpflicht des Denuntiaten und es schloß die Supplikation in dem letzten Viertel des 16. Jahrhunderts mit der Bitte,

52) Dieß spricht auch die Fürstlich Hessen-Hanauische Hofgerichtsordnung vom 17. Januar 1747 Tit. XI, art. 27. §. 144. und die damit übereinstimmende Untergerichtsordnung vom 2. Januar 1764 Tit. XXXIII, §. 3. aus, welche beide Proceßgesetze in dieser Materie offenbar die Sächsische erläuterte Proceßordnung vor Augen und theilweise wörtlich wiederholt haben.

53) Vgl. Kori Theorie des Sächs. bürg. Proc. I §. 234. Die in der vorigen Note aufgeführten Proceßordnungen verbinden diesen, übrigens überflüssigen, Vorbehalt mit dem Ausspruche, daß es bei der Streitverkündigung bewende, und halten dadurch von dem Enderkenntnisse einen Zusatz fern, welcher das zwischen den jetzigen Partheien streitige Rechtsverhältniß nicht betrifft.

Ladung super denuntiatione litis et evictione zu erkennen,

oder,

denuntiatoriales zu erkennen,

oder, unter genauerer Bezeichnung der richterlichen Auflage an den Denuntiaten,

gegen den Denuntiaten Verkündungsbrief und Ladung und dem Denuntianten beiständig zu sein, ihn zu vertreten, zu entheben und schadlos zu halten, gnädig zu erkennen und mitzutheilen,

oder,

dem N. N. nicht allein angezogenen Krieg Rechtens und Zwiespalt gebührlich zu ermelden, sondern denselben gleichfalls und daneben zu bescheiden und zu citiren, auf nächst angesetzten Tag zu erscheinen und den Beklagten, wie sich's gebührt, dieses Punktes halber zu vertreten und zu vertheidigen (oder: den Beklagten zu defendiren und Beistand zu thun und ihn sonsten wie recht schadlos zu halten und ausgehen zu lassen).

Das Reichskammergericht erließ im Falle der Willfahrung ein Dekret (Denuntiatorialen), worin neben Mittheilung des Inhalts der Supplikation der Denuntiat zum angesetzten Termine arktatorisch mit der Auflage geladen wurde,

den Denuntianten angezogener Spruch und Forderung halber zu entheben, schadlos zu halten, zu vertreten, oder aber rechtmäßige gegründete Einreden, warum solches nicht beschehen solle, fürzubringen,

oder,

dem Beklagten in dieser Sache beiständig zu sein, ihn zu vertreten und schadlos zu halten [4]).

Der Inhalt der Supplikation blieb auch nachher wesentlich derselbe. So ging in der Mitte des 17. Jahrhunderts die Bitte dahin,

---

54) *Gylmann* Symphor. supplicat. pro proc. I, 2, p. 264 sq.

citationem ad assistendum liti et praestandam evictionem zu erlassen, dem Beklagten Assistenz zu thun und Schadlosung zu prästiren, und den Denuntiaten dazu zu condemniren,

oder,

citationem et denuntiationem ad defendendum et praestandam evictionem zu erlassen, beiständig zu sein, den Beklagten zu vertreten und schadlos zu halten, ihn (den Denuntiaten) auch dazu zu condemniren[55]).

Hiernach konnte, grade wie im französischen Processe, die Entscheidung über die Defensionspflicht und über die Entschädigungsverbindlichkeit vor das Gericht der Hauptsache gezogen werden und es bedurfte in letzterer Richtung nicht einer nachherigen besonderen Klage am Forum des Denuntiaten. Leistete der Denuntiat die ihm auferlegte Assistenz, so wurde er zur Entschädigung verurtheilt, wenn der Denuntiant im Haupt-

---

55) *Blume* Supplic. camer. p. 521 sq. Auf die Auktorität von *Hofmann* Obs. quaed. iuris et proc. cam. Imp. obs. 7 (communis est formula petendarum et decernendarum eius modi citationum: *ad assistendum liti vel eventualiter indemnisandum*) hin behaupten Danz Grundſ. des Reichsgerichtsproc. §. 213. und Gönner l. c. §. 7, es sei beim Reichskammergerichte gebräuchlich gewesen, mit jenen Worten die Citation an den Denuntiaten zu formuliren, und ihnen sind neuere Proceßschriftsteller (wie Linde, Schmid) nachgefolgt. Dieser lateinischen Ausdrucksweise bediente man sich, wie oben nachgewiesen, selbst im 16. und 17. Jahrhunderte nicht. Die alternative Fassung jener Formel könnte überdieß zu der falschen Annahme verleiten, es habe die Leistung der Assistenz die Entschädigungsverbindlichkeit oder wenigstens die Entscheidung des Reichskammergerichts darüber ausgeschlossen. Daß die Auflage stets copulativ auf Beistandleistung und Schadloshaltung gerichtet war, ergeben die oben mitgetheilten Formulare und zwei von Hofmann selbst in Bezug genommene Verfügungen des Reichskammergerichts, worin dasselbe die erbetene Ladung zur Assistenz und (eventuellen) Indemnisation dekretirt hat (Dekret vom 8. Nov. 1780 in Sachen des Grafen von der Leyen gegen den Baron von Weyhers; Dekret vom 4. Dez. 1784 in Sachen des Landgrafen von Hessen-Homburg gegen das Kloster Michaelstein).

streite unterlegen war. Erschien er zwar im anberaumten Termine, bestritt jedoch seine Defensions- und Entschädigungspflicht, so wurde hierüber alsbald verhandelt und entschieden. Erschien er auf die Ladung nicht, so wurde, nach durchgeführtem Contumacialverfahren, auf eventuelle Indemnisation erkannt [56]).

Beim Reichshofrathe hatte das Verfahren die Besonderheit, daß die Litisdenuntiation nur dann zulässig war, wenn die Regreßverbindlichkeit alsbald bewiesen oder mindestens bescheinigt wurde. Blieb der Denuntiat auf die arktatorische Ladung aus, so nahm der Hauptproceß gegen den Denuntianten seinen Fortgang, erschien er aber und bestritt seine Defensionsverbindlichkeit, so wurde darüber ein die Hauptsache hemmendes Vorverfahren eingeleitet, eine Procedur, die mit der von Stryk bekundeten sächsischen Praxis conform war [57]).

## II. Das Verfahren in seinen einzelnen Stadien.

### §. 14.

### Anbringung der Litisdenuntiation.

Die außergerichtliche Streitverkündigung bleibt gänzlich außer Betracht und es wird hier lediglich von der gerichtlichen Litisdenuntiation die Rede sein.

Diese ist beim Gerichte der Hauptsache anzubringen und muß, wie jeder Antrag im Processe, gehörig begründet werden, also den Vortrag solcher Thatsachen enthalten, durch welche die

---

56) *Knoch* de laudatione et nominatione autoris ad praxin camerae Imperialis accommodata, Giessae 1749, cap. 5. §. 8—10. Gönner a. a. O. behauptet zwar, gleichfalls mit Berufung auf *Hofmann* l. c., der Hauptstreit und der Entschädigungsproceß (actio ad pretium restituendum, wie ihn Hofmann bezeichnet) habe zu gleicher Zeit (simultaneo processu) bei dem Reichskammergericht verhandelt werden können, dieß war jedoch vor der Entscheidung des Hauptstreits offenbar unmöglich.

57) Hanzely Anleit. zur neusten Reichshofrathsprax. II, §. 1079 sq.

Rechtmäßigkeit des Antrags dargelegt erscheint. Da nun die Litisdenuntiation nur dann zulässig ist, wenn dem Denuntianten ein Regreßanspruch gegen den Denuntiaten im Falle des Proceßverlustes zustehen würde, so muß in der faktischen Begründung des Antrags ein Rechtsverhältniß zwischen dem Denuntianten und dem Denuntiaten dargelegt werden, an welches die Gesetze einen solchen Entschädigungsanspruch knüpfen [58]).

Auf eine gehörige faktische Begründung ist um so mehr zu achten, als deren Vernachlässigung die Zurückweisung des Antrags zur Folge haben, der Proceß inzwischen seinen ungehinderten Fortgang nehmen und die spätere Wiederholung einer besser begründeten Litisdenuntiation für den Denuntianten die Nachtheile der verspäteten Litisdenuntiation nach sich ziehen würde.

Einer Beweisantretung oder Bescheinigung hinsichtlich der jenes Rechtsverhältniß ergebenden Thatsachen bedarf es nicht. Diese Eigenthümlichkeit des Reichshofrathsprocesses ist weder vom Reichskammergerichte noch von der Praxis der Territorialgerichte adoptirt worden.

Die Bitte ist dem mit der Litisdenuntiation verfolgten Zwecke entsprechend dahin zu formuliren, den Denuntiaten von dem anhängig gewordenen Processe in Kenntniß zu setzen und ihm anheimzugeben, dem Denuntianten in demselben gegen dessen Proceßgegner Beistand zu leisten [59]).

Der Denuntiant kann zugleich diejenigen bereits gepflogenen Proceßverhandlungen, aus denen die dermalige Lage des

---

58) Martin l. c. §. 307. und Linde l. c. §. 112, welche dieß Erforderniß dahin formuliren, daß in dem Gesuche der Denuntiant „die Gründe seiner künftigen Regreßklage", „den Grund der Streitankündigung" auseinander zu setzen habe.

59) Glück l. c. p. 414; *Stever* l. c. p. 19–20. Linde und Martin a. a. O: fassen die Bitte nicht vollständig und präcis genug, wenn sie ihre Richtung dahin bestimmen, „den Denuntianten von der Streitankündigung in Kenntniß zu setzen, oder dieselbe zur Nachachtung mitzutheilen, auch dieses aktenmäßig zu machen." Vgl. c. 21. h. t. 8, 45; c. 1. de per. et comm. rei vend. 4, 48.

Processes und der in demselben benutzte Processtoff erhellt und deren Kenntniß zur Instruktion des Denuntiaten wesentlich erscheint, in glaubhafter Abschrift Behufs gleichzeitiger Mittheilung an den Denuntiaten beifügen. Es steht ihm aber auch frei, diese Proceßhandlungen, deren Communikation er verlangt, im Allgemeinen zu bezeichnen, in welchem Falle das Gericht selbst, wenn es auf die Litisdenuntiation willfährig verfügt, aus den Akten eine Abschrift anfertigen und dem Litisdenuntiaten mit insinuiren läßt.

Daß es die Vorsicht erheischt, die Litisdenuntiation so früh als möglich und vor der ersten dem Denuntianten obliegenden Handlung im Hauptprocesse vorzunehmen, damit der Denuntiat im Gebrauche der ihm zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel nicht beschränkt sei und aus der Verspätung einen Grund für Verweigerung des Beistandes oder einen Einwand gegen den demnächstigen Regreßanspruch nicht entnehmen könne, ist bereits oben erörtert worden [60]).

Am Zweckmäßigsten verkündet deßhalb der Verklagte vor der Litiscontestation, der Kläger vor Erstattung seiner Replikhandlung den Streit.

Wird der Hauptproceß im schriftlichen Verfahren verhandelt, so erfolgt dann die Litisdenuntiation in einer besonderen Eingabe vor Ablauf der Exceptional- oder Replikfrist, im mündlichen oder Protokollar-Verfahren in einem zu den Hauptproceßakten zu Protokoll gegebenen Antrage vor dem zur Erstattung jener Proceßhandlungen anberaumten Termine, mit dem weiteren Proceßgesuche, die anbestimmte Frist oder Tagfahrt dergestalt zu erstrecken, daß der Denuntiat gleichzeitig mit dem Denuntianten die nächste Haupthandlung zu erstatten im Stande sei.

Die Litisdenuntiation kann auch mit der Proceßhandlung in der Hauptsache verbunden werden. Formrichtiger wird sie alsdann nicht dieser angehängt [61]), sondern als ein das Materielle

---

60) Vgl. oben §. 10.

61) Dieß lehren Linde l. c. §. 112. und Martin l. c. §. 307. k.

des anhängigen Processes nicht berührender, rein processualischer Antrag vorangestellt. Hierbei erscheint auch nach gemeinem Proceßrechte das Gesuch gerechtfertigt, dem Litisdenuntiaten die Frist zur Hauptdandlung Behufs deren etwaiger Ergänzung offen zu halten [62]).

Erfolgt die Litisdenuntiation, abgesondert oder als Bestandtheil einer andern Handlung, in schriftlicher Eingabe, so ist in die Rubrik Derjenige, dem der Streit verkündigt wird, aufzunehmen und dieser sowie die den Streit verkündende Parthei nach der deßhalbigen processualischen Bezeichnung zu benennen.

Wird der Streit von dem Prokurator einer Parthei einem Dritten verkündigt, so bedarf es dazu nicht einer besonderen Vollmacht [63]).

## §. 15.

### Richterliche Verfügung.

Das Gericht des Hauptprocesses hat nach eingebrachter Litisdenuntiation Seitens eines der Streittheile dieselbe, wie jeden andern processualischen Antrag, gehörig zu prüfen. Diese Prüfung hat sich insbesondere darauf zu erstrecken, ob ein Rechtsverhältniß, welches den Denuntiaten dem Denuntianten regreßpflichtig macht, genügend dargelegt worden ist; denn nur beim Vorhandensein eines hierdurch für den Litisdenuntiaten begründeten rechtlichen Interesses am Schicksal des Processes ist die Einmischung in den zwischen Dritten verhandelten Rechtsstreit zuläßig und der Widerspruch des Proceßgegners gegen diese Einmischung ausgeschlossen.

Stellt sich bei dieser Prüfung heraus, daß aus dem zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten bezüglich des Streitgegenstandes bestehenden Rechtsverhältnisse eine Regreßpflicht des Letzteren im Falle des Proceßverlustes nicht zu entnehmen, oder daß das Rechtsverhältniß überhaupt nicht oder nicht erkennbar

62) Gensler im A. f. c. P. B. IV, p. 182.

63) Vgl. oben §. 7. Note 114.

genug dargelegt sei, so ist das Gesuch als rechtlich oder als faktisch unbegründet zurückzuweisen.

Wenn Manche[64]) es für angemessener erklären, daß der Richter eine wenn auch noch so unbegründete Litisdenuntiation stets zulassen solle, weil dadurch Nichts geschadet, der Gebrauch von Rechtsmitteln abgeschnitten werde und die Regreßpflicht ja doch in diesem Processe nicht Gegenstand des Streites sei, so halte ich diese Ansicht, wie ihre Begründung, für ganz unrichtig.

Es ist Pflicht des Richters und ein Hauptaugenmerk tüchtiger Proceßleitung, unbegründete Anträge von vorn herein und ohne erst den Widerspruch des Gegners abzuwarten, zurückzuweisen und ihnen keinen Einfluß auf den Fortgang des Rechtsstreites zu gestatten. So wenig der Richter eine mangelhaft begründete Klage zur Verhandlung bringen lassen darf, in der Hoffnung, daß der Gegner die Mängel nicht rügen und darüber richterliche Entscheidung nicht verlangen werde, oder daß diese Mängel durch die späteren Verhandlungen beseitigt werden könnten, eben so wenig darf er einer Litisdenuntiation Folge geben, deren processualische Zulässigkeit ihm nicht dargelegt worden ist. Wie in jenem Falle unnützer, und wegen der Kosten auch schädlicher, Weise auf die unbegründete Klage ein Schriftenwechsel gestattet würde, welchem ein abweisendes Erkenntniß folgen müßte, falls die Mängel der Klage unbeseitigt blieben, ebenso würde durch die Zulassung einer unbegründeten Litisdenuntiation die unberechtigte Theilnahme eines Dritten an einem ihm fremden Rechtsstreite ermöglicht, eine Theilnahme, welche überhaupt nur ausnahmsweise gestattet ist. Bei erfolgendem Widerspruche des andern Streittheils müßte dann der Denuntiat nachträglich aus dem Processe entfernt werden und unnöthige Kosten würden erwachsen sein.

Auch die Rücksicht auf Abschneidung von Rechtsmitteln kann den Richter nicht der Prüfung und Zurückweisung einer unbegründeten Litisdenuntiation entheben.

---

64) J. B. Martin l. c. §. 307, n; *Stever* l. c. p. 37.

Abgesehen davon, daß der Richter überhaupt durch die möglichen Folgen seiner Verfügungen in deren Erlaß sich nicht bestimmen lassen darf, so würde die Zulassung einer solchen Streitverkündigung ja auch den Gegner des Denuntianten zu einer Remonstration und im Falle deren Nutzlosigkeit demnächst ebenfalls zur Ergreifung von Rechtsmitteln veranlassen.

Auch der oben für die unbedingte Bewilligung zuletzt angeführte Grund ist unrichtig. Die Regreßpflicht wird im Hauptprocesse insoweit allerdings nicht Gegenstand des Streites und der richterlichen Entscheidung, als der Richter darüber zwischen dem Denuntianten und dem Denuntiaten keine Verhandlung einleiten und nicht entscheiden darf. Dagegen kann der Gegner des Denuntianten im Hauptprocesse jene Regreßpflicht insoweit zum Streitgegenstande zwischen sich und jenen Personen machen, als dieselbe das Vorhandensein eines Interesses des Denuntiaten am Processe und somit die Zulässigkeit der Intervention bedingt.

Mit Recht wird deßhalb von Andern dem Richter die Pflicht auferlegt, die Statthaftigkeit der Litisdenuntiation zu prüfen und sie im Falle der Unzulässigkeit zu verwerfen [65]).

Gegen ein solches rejektorisches Dekret steht dem Litisdenuntianten das Rechtsmittel der (uneigentlichen Extrajudicial-) Appellation zu Gebote [66]).

Stellt sich dagegen die Litisdenuntiation als zulässig dar, so hat der Richter derselben zu willfahren. Er erläßt demzufolge ein Dekret, worin er, unter abschriftlicher Zufertigung jenes Antrags, dem Litisdenuntiaten anheim gibt, dem Denuntianten im anhängigen Processe Beistand zu leisten. Dieß Dekret ist, dem Wesen der Verpflichtung zur Beihülfsleistung zufolge, rein monitorischer, nicht arktatorischer Natur [67]).

65) *Wernher* Observ. T. II. P. VIII obs. 376; Hofmann Reichspraxis §. 1079; Danz l. c. §. 473, h.

66) Vgl. Linde Lehrb. §. 413; Morstadt Civilproceßschlüssel p. 270; Schmid l. c. III. p. 489.

67) Vgl. oben §. 12. Note 42; *Hommel* Rhaps. quaest. for. Vol. I

Daneben fertigt der Richter dem Denuntiaten zu seiner Instruktion noch eine Abschrift der seitherigen Verhandlungen zu [68]).

Hat der Denuntiant diese Verhandlungen, die zur Kenntnißnahme des Denuntiaten kommen sollen, in Abschrift seinem Gesuche beigefügt oder speciell bezeichnet, so beschränkt sich der Richter auf deren Mittheilung. Ist dagegen, wie dieß in der Praxis meistens zu geschehen pflegt, allgemein um Mittheilung der seitherigen Verhandlungen gebeten, so wählt der Richter das zur Instruktion Wesentliche (Partheihandlungen und Verfügungen) aus. Sind die seitherigen Verhandlungen bereits sehr umfangreich (z. B. wenn die Litisdenuntiation erst im Laufe des Beweisverfahrens erfolgt), so ist es der Kosten- und Zeitersparniß halber zweckmäßig, dem Denuntiaten lediglich die Einsicht der Akten zu gestatten.

Erfolgt die Litisdenuntiation so frühe vor der dem Denuntianten in der Hauptsache anberaumten Frist oder Tagfahrt, daß der Denuntiat noch vor deren Ablauf den geforderten Beistand leisten kann, so beläßt es der Richter bei der bestimmten Frist oder Tagfahrt.

Andern Falles erstreckt er dieselbe in angemessener Weise. Ist die Streitverkündigung mit der Haupthandlung verbunden und zugleich um Offenhaltung der Frist oder Tagfahrt für den Litisdenuntiaten gebeten, so willfahrt er diesem, nach dem gemeinen Proceßrechte statthaften, Gesuche [69]).

Außerdem verfügt das Gericht eine Ausdehnung der Sachrubrik auf den Denuntiaten [70]). Häufig (und wohl mit Recht)

---

obs. 191. n. 7; Glück l. c. p. 419; Gönner l. c. §. 5. n. 5; Danz l. c. §. 473, 5; Gensler l. c. p. 186; Martin l. c. §. 307, o; Linde §. 112, n. 9; Bayer l. c. p. 57; Schmid l. c. p. 160; *Stever* l. c. p. 37.

68) Vgl. *Caballinus* l. c. §. 3. n. 38—43; *Ummius* Disp. XI, 8, 31; Hofmann l. c. §. 1076; Danz §. 473, 4; Gönner l. c. §. 5, n. 4; Glück l. c. p. 414; Bayer l. c. p. 55; *Stever* l. c. p. 29 sq.

69) Gensler l. c. p. 182.

70) Die Rubrik lautet alsdann z. B. dahin: In Sachen des Kaufmanns

wird indessen dieß so lange aufgeschoben, bis der Denuntiat wirklich dem Processe beigetreten ist.

Von dem auf die Litisdenuntiation willfährig erlassenen Dekrete werden drei Ausfertigungen ertheilt.

Die eine wird nebst den erforderlichen Anlagen (den seitherigen Partheiverhandlungen und Verfügungen) dem Litisdenuntiaten insinuirt und die zu den Hauptakten gebrachte Bescheinigung über geschehene Behändigung gibt nöthigenfalls für den Litisdenuntianten das Beweismittel für die Vornahme der Streitverkündigung im demnächstigen Regreßstreite ab. Die zweite Ausfertigung erhält der Letztere als Verfügung auf sein Gesuch und die dritte nebst einer Abschrift der Litisdenuntiation dessen Gegner im Hauptprocesse, gleichfalls zur Nachricht, damit er von der gestatteten Intervention Kenntniß erhalte und sich vorbereiten könne, nach erfolgtem Beitritte des Denuntiaten die rechtliche Zuläßigkeit der Streitverkündigung oder die Wahrheit ihrer faktischen Grundlage zu bestreiten. Eine vorgängige Erklärung des Gegners auf die Litisdenuntiation ist nämlich deßhalb nicht erforderlich, weil vor der Einwilligung des Denuntiaten in die Beistandsleistung, vor dessen Zutritte zum Processe das Interesse dieses Gegners nicht gefährdet ist und dessen Widerspruch gegen die Intervention, den Grundsätzen zweckmäßiger Proceßleitung zu Folge und in Anwendung der Eventualmaxime, mit seiner nächsten Haupthandlung verbunden werden kann.

## §. 16.

### Weiteres Verfahren.

Das weitere Verfahren gestaltet sich je nach dem Verhalten des Litisdenuntiaten dem die Leistung der geforderten Beihülfe ihm anheim stellenden Dekrete gegenüber verschieden.

---

A zu B, Klägers, gegen den Oekonomen C zu D, Verklagten und Litisdenuntianten, sowie den Handelsmann E zu F, Litisdenuntiaten, wegen Eigenthums. — Diese Ausdehnung der Sachrubrik auf jeden accessorisch Intervenirenden fand auch beim Reichskammergerichte statt, vgl. *Gaill* **Obs. I, 71. n. 20.**

I. Macht er von dieser Gestattung keinen Gebrauch, sondern bleibt er aus und verweigert er solchergestalt durch Unthätigkeit seinen Beistand, so kann von einem Ungehorsamsverfahren keine Rede sein[71]), da er zur Leistung der Beihülfe nicht absolut verpflichtet und dem entsprechend die Ladung eine rein monitorische gewesen ist.

Es kann demzufolge der Denuntiant, wenn der Denuntiat im nächsten Termine, für welchen ihm die Intervention vom Richter bereits gestattet war, nicht erscheint oder die deßhalbige Frist (im schriftlichen Verfahren) unbenutzt verstreichen läßt, nicht contumaciren und dadurch weder ein Erkenntniß, wodurch dessen Verpflichtung zur Beistandleistung, noch ein solches erwirken, wodurch dessen Verbindlichkeit, demnächst für den Fall des den Denuntianten treffenden Proceßverlusts regressorisch zu haften, ausgesprochen wird; denn das Erstere ist überhaupt nicht Gegenstand eines klagbaren Rechtes und das Letztere kann nur der Gegenstand eines besonderen Rechtsstreites zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten sein, ganz abgesehen davon, daß in den meisten Fällen (z. B. beim Eviktionsanspruche) die Regreßpflicht durch das Unterliegen im Hauptprocesse bedingt ist.

Der Denuntiant kann deßhalb Nichts weiter als den Ausspruch des Gerichtes erwirken, daß es bei der erfolgten Litisdenuntiation sein Bewenden habe[72]), eine Verfügung, deren es nicht einmal bedarf, um ihn der Vortheile der Streitverkündigung theilhaftig zu machen.

Mag nun ein solcher Ausspruch erfolgen oder nicht, so bleibt es dem Denuntiaten unbenommen, wenn er es seinem Interesse entsprechend findet, in einem späteren Stadium des Processes zu interveniren, insbesondere sich eines Rechtsmittels zu

---

71) *Hommel* l. c; *Mevius* Dec. VIII, d. 200; *Wernher* l. c. P. IV, obs. 84; Danz §. 473. n. 5; Glück l. c. p. 419; Gönner l. c. §. 5. n. 5; Gensler l. c. p. 186—187; Martin §. 307, q; Bayer l. c. p. 57.

72) Vgl. *Berger* Oec. iur. l. c. n. 17; Gensler l. c. p. 187 i. f.

bedienen, da er durch jenen richterlichen Ausspruch von der Theilnahme am Processe nicht ausgeschlossen sein würde[73]).

Bleibt der Litisdenuntiat aus, so ändert dieß in den Verpflichtungen des Denuntianten Nichts. Seine Berechtigung auf Beihülfe des Ersteren oder auf Regreßnahme gegen denselben berührt nicht seinen dermaligen Proceßgegner, wie es auch ihre beiderseitige processualische Stellung nicht alteriren würde, wenn der Denuntiat intervenirt hätte oder noch später interveniren sollte. Er muß den Rechtsstreit fortführen, wie wenn er nicht denuntirt hätte, und zwar — im Hinblicke auf den Erfolg seiner etwaigen späteren Regreßklage — so gut als es in seinen Kräften steht[74]).

## §. 17.

### Fortsetzung.

II. Erscheint der Denuntiat, so sind je nach dem Inhalte seiner Erklärung verschiedene Fälle denkbar.

1) Er verweigert ausdrücklich die vom Denuntianten geforderte Beihülfe, sei dieß ohne Angabe eines Grundes oder indem er seine Regreßverbindlichkeit diesem gegenüber mittelst rechtlicher Gegendeduktion aus dem concreten Rechtsverhältnisse oder mittelst Bestreitens seiner faktischen Grundlagen in Abrede stellt. Diese Erklärung steht in ihrer Einwirkung

---

73) Vgl. fr. 2. §. 1. quando appell. 49, 4: Sed si *alius, quam qui iudicio expertus est*, appellet, *qualis est*, *cuius interest*, an etiam tertia die *appellare* possit, videamus. Sed dicendum est, secunda die eum appellare debere; *Stever* l. c. p. 38.

74) Fr. 63. de re iud. 42, 1: Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, quum quis de ea re, *cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur*, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae; fr. 55. de evict. 22, 1: Si ideo contra emtorem iudicatum est, *quod defuit*, non committitur obligatio: magis enim *propter absentiam* victus videtur quam quod malam causam habuit. Vgl. fr. 63. §. 2. eod.; c. 8. 19. 23. de evict. 8, 45.

auf das weitere Verfahren dem Ausbleiben des Denuntiaten (unter I) gleich, da die Entscheidung über den Regreßnexus zwischen Beiden nicht Gegenstand des Hauptprocesses ist. Es fällt jede deßhalbige Verhandlung hinweg und der Hauptproceß nimmt seinen ungestörten Fortgang[75].

Wendet der Denuntiat nur ein, daß er die verlangte Beihülfe an seinem eigenen anderweiten (ordentlichen oder privilegirten) Forum zu leisten habe, so ist diese unbegründete Einrede zu verwerfen[76], und es hängt alsdann vom Willen des Denuntiaten ab, dem ein Rechtsmittel gegen die Verwerfung jenes Einwandes nicht zu Gebote steht, ob er nunmehr wirklich beim Gerichte der Hauptsache interveniren will oder nicht.

Sollte der Litisdenuntiat neben der principalen Bestreitung seiner Regreßpflicht eventuell in der Hauptsache selbst sich erklären, so würde diese bedingungsweise Bereitwilligkeit der gänzlichen Verweigerung des Beistandes gleichstehen und der Hauptproceß seinen Fortgang nehmen, indem der Richter es bei der geschehenen Litisdenuntiation bewenden läßt.

---

75) *Leyser* Med. Vol. IV, sp. 238 m. 7; Glück l. c. p. 419; Gönner l. c. §. 5. n. 5. §. 6. n. 7; Martin §. 307, r; Gensler l. c. p. 188; Bayer l. c. p. 57; Schmid l. c. p. 160. Wenn Danz l. c. §. 473, n. 7. mit einigen andern Schriftstellern ein kurzes Verfahren über die Statthaftigkeit der Litisdenuntiation und deßhalbige Entscheidung des Richters für zulässig erklärt, so beweiset das hierfür angezogene fr. 49. pr. de iud. 5, 1 Nichts, da in dem dort behandelten Falle der Auktor die Defension selbst nicht verweigert, sondern nur die (unbegründete) Einrede der Incompetenz vorschützt, welche der Richter im Hauptprocesse allerdings zu verwerfen hat. Auch steht damit seine weitere, richtige Bemerkung im Widerspruche, daß der Denuntiat nicht gezwungen werden könne, sich vor dem Richter der Hauptsache über die Statthaftigkeit der Litisdenuntiation einzulassen.

76) Fr. 49. pr. de iud. 5, 1; *Caballinus* l. c. §. 3. n. 117 sq.; *Cuiacius* Recit. soll. in Cod. ad c. 8. de evict. 8, 45; *Ummius* l. c. n. 32; *Calletius* l. c. c. 2. n. 3; *Stryk* l. c. §. 25; *Gaill* Obs. T. I, obs. 37, n. 7; Hofmann l. c. §. 1078; Glück l. c. p. 415; Heffter l. c. §. 501. n. 40; Bayer l. c. p. 58; Schmid l. c. p. 159 i. f.

2) Der Denuntiat ist zur Leistung der verlangten Beihülfe erbötig und erklärt dieß entweder ausdrücklich oder bethätigt es durch alsbaldige Benutzung von Vertheidigungsmitteln.

Die Form, in welcher diese Betheiligung am Hauptprocesse stattfindet, kann eine verschiedene sein.

a) In Folge Vereinbarung mit dem Denuntianten wird der Denuntiat dessen bevollmächtigter Prokurator. Hier handelt er, nach den dermaligen Grundsätzen unseres gemeinen Processes über Stellvertretung, lediglich als Organ und Repräsentant seines Mandanten[77]), alle seine Proceßhandlungen (soweit dazu nicht ausnahmsweise noch Specialvollmacht nöthig ist) gelten formell und materiell als von dem Letzteren vorgenommen, und es tritt hier die Eigenschaft des Denuntiaten als eines abgesonderten, mitstreitenden Theils dem Gegner gegenüber ganz in den Hintergrund. Nur dann würde von einer Trennung der beiden processualischen Qualitäten in der Person des Denuntiaten die Rede sein können, wenn dieser (wozu gewiß niemals eine Veranlassung vorliegen wird) einzelne Erklärungen formell von den übrigen abscheiden und als eigene, in seiner Eigenschaft als Litisdenuntiat abgegebene hinstellen würde.

Der von dem Letzteren nunmehr repräsentirte Litisdenuntiant bleibt also vor wie nach streitender Theil, und insbesondere wird gegen ihn das Urtheil erlassen und in Vollzug gesetzt[78]).

---

77) Vgl. *Calletius* l. c. ad l. 1. n. 5—6. ad l. 7. c. 3. n. 11; *Ummius* l. c. n. 32; *Pothier* l. c n. 114; Glück l. c. p. 416.

78) *Lauterbach* Coll. th. pr. XXI, 2. §. 34; *Wernher* Obs. T. I. P. IV, obs. 84; Hofmann l. c. §. 1078; Gensler l. c. p. 189; Gönner l. c. §. 6. n. 8; Glück l. c. p. 416; Danz §. 473. 6; Bayer l. c. p. 58. Wenn Heffter l. c. §. 501 n. 39. hier noch die Eigenschaft des Denuntiaten als eines procurator *in rem suam* besonders hervorhebt (was Martin §. 307. n. p. irrigerweise für die Intervention des Denuntiaten überhaupt geltend macht), so ist diese Anschauung zwar für den Römischen Proceß richtig und von Bedeutung, nicht aber für unsern heutigen Proceß. In jenem begründete die Litiscontestation für den Prokurator als

b) Der Litisdenuntiant und der Denuntiat können auch gemeinsam **einen** Prokurator bestellen. Hiefür spricht, wie für die unter a erwähnte Uebereinkunft, die Zweckmäßigkeitsrücksicht, daß das gesammte Vertheidigungsmaterial Beider, einer einzigen Person zur geeigneten Benutzung überwiesen, gehörig geordnet und entsprechend combinirt werden kann und Widersprüche mit den daraus erwachsenden Nachtheilen vermieden werden.

Ein **Zwang** Seitens des Richters zur Bestellung eines gemeinsamen Anwalts findet indessen nicht statt, indem die **singuläre** Vorschrift, nur vermittelst eines Prokurators litigiren zu können [79]), und die ebenfalls **singuläre** Bestimmung für mehrere Theilnehmer an einem Rechtsstreit, einen solchen Prokurator gemeinsam bestellen zu müssen [80]), nicht über die Grenzen ihrer Anwendbarkeit ausgedehnt werden darf [81]).

---

dominus litis selbstständige Rechte und Verbindlichkeiten dem Gegner gegenüber, und dieß blieb auch später, als die actio iudicati und exceptio rei iudicatae aktiv und passiv auf den Mandanten übertragen wurden, für den procurator in rem suam bestehen, so daß nunmehr bei einer derartigen Vertretung des Verklagten der Kläger gegen **beide** die actio iudicati hatte. Heut zu Tage ist dagegen vollständige, uneingeschränkte Repräsentation zwischen der Parthei und ihrem Stellvertreter, ohne Rücksicht auf das zwischen ihnen in Bezug auf den Streitgegenstand außerdem besonders bestehende Rechtsverhältniß begründet. Vgl. **Bethmann-Hollweg** Vers. p. 241—243. Auch wenn der Litisdenuntiat (z. B. als Auktor im Eviktionsprocesse oder als Hauptschuldner im Processe des Gläubigers gegen den Bürgen) sich vom Denuntianten zum Prokurator bestellen läßt, geht die Exekution in der Hauptsache und wegen der Kosten **lediglich** gegen den Letzteren.

79) Fr. 17. §. 20. de iniur. 47, 10: omnibus enim, qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse *facultatem*; cap. 2. X de proc. 1, 38: — — cum non possit quis cogi, nisi velit in gravibus causis, procuratorem constituere.

80) Fr. 5. §. 7. iud. solvi 46, 7, wonach die Bürgen des die cautio iudicatum solvi geleistet habenden Verklagten, um deren clausula de re defendenda nicht verfallen zu lassen, die Uebernahme der Vertheidigung vollständig, und zwar, wenn Einer derselben dieß nicht in solidum, wie es sich gebührt (fr. 17. eod.), thun will (fr. 5. §. 1. eod.), auf Verlangen des Klägers mittelst eines gemeinsamen

c) Kommt eine der vorerwähnten Vereinbarungen nicht zu Stande, so kann der Denuntiat abgesondert selbst oder durch einen Anwalt vertreten am Rechtsstreite Theil nehmen.

Außer diesen drei Formen der Theilnahme am Processe halten Viele auch noch die weitere Procedur für zuläßig, daß mit Zustimmung des Gegners der Denuntiant gänzlich aus dem Processe ausscheide und der Denuntiat auf eigenen Namen denselben fortsetze [82].

---

Prokurators für ihre gesammten Einzelantheile an der Verpflichtung zur versprochenen Leistung des Interesses bewerkstelligen müssen, da nur auf diesem Wege dem Rechte des Klägers aus der Stipulation auf Vornahme der untheilbaren Defension Genüge geschehen kann. Gleiches gilt von den Erben eines solchen, jene *cautio* geleistet habenden, Verklagten. Hieraus läßt sich eine allgemeine Regel für alle Streitgenossen, einen gemeinsamen Vertreter haben zu müssen, nicht herleiten, da schon im neueren Römischen Rechte die nur für dingliche Klagen allgemein erforderliche **cautio iudicatum solvi** abgeschafft war, §. 2. **I. de satisd.** 4, 11, und die von Justinian für alle Klagen eingeführte **cautio de re defendenda** heut zu Tage nur im Falle persönlicher Unsicherheit des Beklagten praktisch geblieben ist. Die ausnahmsweise Vorschrift der Bestellung eines gemeinsamen Prokurators für eine **universitas in fr. 1. §. 1. quod cuiusque univ. nom.** 3, 4. erklärt sich aus der Natur ihrer Persönlichkeit, diejenige für die mehreren gemeinschaftlichen Käufer oder die mehreren Erben eines einzigen Käufers behufs Anstellung der **actio redhibitoria** in **fr. 31. §. 5. de aed. ed.** 21, 1. aus dem divergirenden Zwecke dieser Klage und der **actio quanti minoris**. Eine gleiche Nothwendigkeit für Theilungsklagen, wie Linde **l. c.** §. 132. n. 12. irrig annimmt, existirt nicht, vgl. das von ihm angeführte **fr. 48. fam. herc.** 10, 2: ***aut* omnes heredes suscipere iudicium debent *aut* dare unum procuratorem.** — Die Singularität der Vorschrift erhellt aus **fr. 31. §. 8. de proc.** 3, 3: **Unius litis plurium personarum plures dari procuratores non est prohibitum.**

81) Vgl. Danz §. 473, 6; Martin §. 307, **p.** Bayer **l. c. p.** 57. a. E. verwirft nicht ganz das Zwangsrecht des Richters, Glück **l. c. p.** 416. hält sich allgemein.

82) Hofmann **l. c.** §. 1078; Glück **l. c. p.** 417 (der sich hierbei auf die, jene Ansicht in keiner Weise unterstützende, **c. 1. ubi in rem act.** 3, 19. beruft); Gönner **l. c.** §. 5. **n.** 1; Gensler **l. c. p.** 170. 188; Gesterding Nachforschungen **V**, Abh. **1. p.** 180; Brauer im A. f. c. P. B. 24. **p.** 464; *Stever* **l. c. p. 33 sq.**

In allen Fällen, in welchen die Litisdenuntiation zulässig erscheint, ist vor wie nach lediglich der Litisdenuntiant, als Verklagter oder Kläger, passiv oder aktiv legitimirt. Es würde also ein Ausscheiden desselben aus dem Processe nur dann möglich sein, wenn derselbe in Eviktionsfällen das ihm von seinem Auktor überkommene Recht an der Sache zurückübertrage, was aber sicherlich niemals der Intention des Denuntianten entsprechen würde, da ihm sein Auktor das Behalten der Sache zu gewähren hat. Beim Vorhandensein eines anderweiten Regreßfalles würde dagegen die Zustimmung des Gegners, um das Ausscheiden des bisherigen Verklagten zu ermöglichen, zugleich ein Fallenlassen seines Anspruches gegen diesen involviren und damit eine Liberation desselben enthalten müssen, wenn der vom Letzteren beabsichtigte Zweck erreicht werden soll, worein in den meisten Fällen der Kläger nicht einwilligen wird. Träten aber dennoch diese Momente zur Zustimmung des Gegners hinzu, so würde es doch meines Bedünkens den Grundsätzen richtiger Proceßleitung mehr entsprechen, zu verlangen, daß die, nunmehr in ihren Grundlagen wesentlich modificirte, Klage fallen gelassen und eine neue gegen den Denuntiaten angestellt werde. Jenes Ausscheiden des bisherigen Verklagten und das Eintreten eines Andern an seiner Statt ist bei der *auctoris nominatio* zulässig, weil die dingliche Klage nicht bloß gegen den Naturalbesitzer, sondern auch gegen den Civilbesitzer angestellt werden kann, in dessen Namen ja der Erstere den Besitz ausübt und der ebenfalls facultatem restituendi hat[83]), während in den zur Litisdenuntiation geeigneten Fällen die Sachlegitimation des Denuntiaten nur durch weitere Rechtsgeschäfte erst geschaffen werden kann[84]).

## §. 18.

### Fortsetzung.

Wenn nun der Denuntiat in einer der im vorigen §. erörterten Formen in jener seiner Qualität eigne Proceß-

83) Vgl. fr. 27. §. 4. de rei vind. 6, 1.
84) Vgl. c. 1. ubi in rem act. 3, 19.

handlungen vornimmt, so ist für das weitere Verfahren die Stellung maßgebend, welche er sowohl dem Denuntianten als dessen Gegner gegenüber einnimmt.

1) In der ersteren Beziehung beruht seine Berechtigung zur Theilnahme am Rechtsstreite darauf, daß der Denuntiant in seinem, durch einen Ersatzanspruch begründeten, Interesse dessen Beihülfe zum Obsiege verlangt hat. Dieselbe ist also von der fortdauernden Einwilligung des Denuntianten in jene Theilnahme abhängig und mit dem Augenblicke, wo diese Gestattung zurückgezogen wird, hört die Thätigkeit des Denuntiaten auf, so daß zur Fortsetzung derselben eine neue Streitverkündigung nothwendig sein würde [85]).

Dieser abhängigen Stellung und dem Zwecke seiner Thätigkeit entspricht es ferner, daß alle seine Handlungen, als für den Denuntianten vorgenommen, auch wie von demselben vorgenommen behandelt werden, insoweit dieser sie nicht desavouirt. In letzterer Beziehung wird es allerdings für den Denuntianten Sache der Klugheit sein, sich um seines Regreßrechts willen der Ansicht und Vertheidigungsweise des Denuntiaten zu accommodiren [86]).

Vor wie nach beurtheilt sich der Proceß lediglich nach der Person des Denuntianten [87]), des fortwährenden Disponenten über den Rechtsstreit, dem der Denuntiat nur als Gehülfe dient, und hieraus folgt weiter, daß auch die rechtliche Zuläßsigkeit seiner Vertheidigungsmittel nach der Person des Denuntianten zu bemessen ist, sowie daß für deren processualische Zuläßsigkeit das jeweilige Proceßstadium entscheidet, er also seinen Beistand der Lage der Sache zur Zeit seines Beitritts anzupassen hat [88]).

85) Vgl. oben §. 11. Note 23.

86) Fr. 66. pr. de evict. 21, 2.

87) Die Ansicht Dernburg's in der Gießer Zeitschr. N. F. 2. p. 10, daß in Eviktionsfällen sich der Proceß mit nach dem Denuntiaten beurtheile, halte ich für eine Verkennung seiner processualischen Stellung sowie der der Hauptpartheien.

88) *Ummius* l. c. n. 32; Glück p. 416; Danz §. 473, 2; Gensler

2) Dem Gegner des Litisdenuntianten gegenüber beruht die Legitimation des Denuntiaten darauf, daß er ein durch seine Regreßpflicht begründetes Interesse am Ausgange des Processes, am Obsiege des Denuntianten hat.

Deßhalb kann der Gegner des Litisdenuntianten, nachdem der Denuntiat dem Processe als accessorischer Intervenient beigetreten ist, der zulässigen Litisdenuntiation und Assistenz des Denuntiaten sich nicht widersetzen, weil dadurch seine Lage beim Verbleiben des Denuntianten als der Hauptparthei im Rechtsstreite nicht verschlechtert wird[89]; er kann jedoch diese Zulässigkeit der Denuntiation selbst bestreiten, sowohl durch die Darlegung, daß das zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten bezüglich des dermaligen Streitgegenstandes bestehende Rechtsverhältniß (z. B. ein lukrativer Erwerbstitel) einen Regreßanspruch des Ersteren an den Letzteren nicht erzeugt habe, als dadurch, daß er die faktische Grundlage des behaupteten, ein solches Regreßrecht erzeugenden Rechtsverhältnisses in Abrede stellt (z. B. der Litisdenuntiant habe die streitige Sache vom Denuntiaten nicht gekauft) oder dagegen perimirende Einreden (z. B. die excepti pacti de non praestanda evictione) vorschützt[90].

---

l. c. p. 174; Linde §. 112; Bayer l. c. p. 56; Schmid l. c. p. 160. Vgl. auch c. 2. ut lite pend. in VI^to 2, 8.

89) Vgl. *Leyser* Med. Vol. IV sp. 241. m. 2—3.

90) Vgl. Claproth ord. Proc. §. 467; Danz l. c. §. 473, 8; Gensler l. c. p. 189. Wenn Dernburg a. a. O. p. 10. dem Gegner lediglich das Recht einräumt, in Eviktionsfällen das Successionsverhältniß, nicht aber das Regreßverhältniß zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten anzufechten, so ist dieß die Folge seiner irrigen Voraussetzung, daß hier der Denuntiat in direkte processualische Beziehung zu dem Gegner trete und nunmehr der ganze Proceß sich auch mit nach der Person des Ersteren beurtheile. Der alleinige Gegner des Evincenten ist vor wie nach der Denuntiant, welchem sich der Denuntiat nur beihelfend anschließt, vgl. c. 1. **ubi in rem act.** 3, 19. Von gar keiner Bedeutung ist die Deduktion Dernburg's dafür, daß dem Evincenten das Regreßverhältniß gleichgültig sein müsse, weil nämlich der Denuntiat immer ein mo=

Diese dem Gegner frei stehende Vertheidigung kann indessen nur den beschränkten Zweck haben, den Litisdenuntiaten von der, ihm durch das ohne vorgängiges Gehör des Gegners bereits erlassene Dekret gestatteten, Theilnahme am Processe auszuschließen, weil der Gegner eine unberechtigte Einmischung Dritter in den Rechtsstreit zu dulden nicht verpflichtet ist. Demzufolge kann die über diesen Streitpunkt demnächst erfolgende richterliche Entscheidung nur zu dem Zwecke erfolgen, über die Fortheilnahme des Litisdenuntiaten am Hauptprocesse zu erkennen, nicht aber in diesen die Feststellung der Regreßpflicht selbst zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten hereinzuziehen, da hierzu der Richter in diesem Processe nicht competent ist, ohnehin auch diese Beiden darüber untereinander nicht streiten.

Macht nun der Gegner des Denuntianten von jenem Widerspruchsrechte keinen Gebrauch, sondern erklärt er sich ohne Weiteres alsbald auf den materiellen Inhalt des denuntiatischen Vorbringens, so ist dieß als Zustimmung zum Beitritte des Denuntiaten zu betrachten und ein nachheriger Widerspruch verdient als verspätet keine Berücksichtigung.

---

ralisches Interesse haben werde, seinen Successor zu schützen und der Vertrag zwischen diesen Beiden für den Evincenten **res inter alios acta** sei. Ein moralisches Interesse kommt bei processualischen Rechten nicht in Betracht, wenn ihm kein rechtliches zur Seite steht, und der **inter alios** abgeschlossene Vertrag berührt den Evincenten in seinem Processe gegen den Denuntianten insofern, als die aus ihm resultirende oder nicht resultirende Eviktionspflicht die Grundlage für die Zulässigkeit der Intervention, das Interesse am Ausgange des Hauptprocesses bedingt.

Ebenso unbegründet und aus derselben irrigen Auffassung der Stellung der streitenden Theile hervorgegangen ist die weitere Ansicht Dernburg's (l. c. p. 14. 15. 17. 18), daß in andern als Eviktionsfällen der Gegner sich des Denuntiaten alsdann erwehren könne, wenn zwischen ihnen keine direkten Vertragsverhältnisse existiren, im entgegengesetzten Falle aber der Letztere jenem selbstständig mit eignen Proceßrechten gegenübertrete. Weil der Denuntiat nicht selbstständiger Gegner ist und wird, kommt lediglich sein obligatorischer Nexus zum Denuntianten und zwar nur insofern in Betracht, als daraus ein Interesse am Hauptprocesse zu folgern ist.

Widersetzt er sich dagegen der Intervention in einer der oben bezeichneten Weisen, so nehmen Einige [91]) an, es werde bis zur Entscheidung dieses Incidentpunktes über die Statthaftigkeit der Intervention die Hauptsache suspendirt, während Andere [92]) dieß läugnen, weil ja der Denuntiant in der Hauptsache immer die Hauptperson bleibe, dem Gegner auch gegen das vom Litisdenuntiaten eingebrachte materielle Vorbringen jede Vertheidigung offen stehe und über dessen Relevanz zugleich im Erkenntnisse über die Hauptsache mit entschieden werden könne.

Meines Erachtens ist ein Mittelweg zwischen diesen beiden extremen Ansichten einzuschlagen, so daß einerseits dem Grundsatze möglichster Förderung des Proceßgangs Genüge geschieht, andererseits aber der Anhäufung nutzlosen Streitstoffes thunlichst vorgebeugt wird.

Füglich kann zunächst der Gegner mit der Geltendmachung seines Widerspruchsrechts gegen die Theilnahme des Litisdenuntiaten eventuell eine Erklärung auf dessen materielle Vertheidigungsmittel verbinden, welche ja, die Zuläſſigkeit der Intervention unterstellt, als vom Litisdenuntianten vorgeschützt betrachtet und behandelt werden.

Die Vertheidigung gegen ein materielles Vorbringen umfaßt auch das Bestreiten seiner processualischen Statthaftigkeit, und wie jede Parthei, der Eventualmaxime gemäß, dem Vorschützen ihrer formell dilatorischen Einreden die materielle Vertheidigung eventuell beifügen muß, so ist auch die Verbindlichkeit des Gegners anzuerkennen, mit dem Bestreiten der Befugniß des Litisdenuntianten zum Hereinziehen eines Dritten in den Rechtsstreit (unter welchen Gesichtspunkt dieser Widerspruch fällt) aus Gründen des Proceßrechts auch die materielle Vertheidigung gegen das Vorbringen dieses Dritten eventuell zu verbinden.

Der Richter kann und, da die Eventualmaxime für seine

---

91) Danz l. c. n. 8; Linde l. c. a. E.
92) Z. B. Gensler l. c. p. 189, n 38.

Proceßleitung gleichfalls maßgebend ist, muß dem Gegner eine umfassende, nicht lediglich auf die Zuläſſigkeit der Intervention beschränkte, Erklärung auf die Handlung des Denuntiaten, unter Androhung der Specialpräjudicien, aufgeben und jener auch demgemäß sich erklären. Es hat z. B. also, wenn die Intervention für den Verklagten im Exceptionaltermine erfolgt ist, der Kläger im Repliktermine von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch zu machen und eventuell sich auf das materielle Vorbringen des Denuntiaten und des Denuntianten so zu vertheidigen, wie wenn er der Assistenz nicht widersprochen hätte. Solchergestalt gehen die Verhandlungen in der Hauptsache ungehemmt mit den gegenseitigen Verhandlungen über den Incidentpunkt gleichmäßig fort.

Ist nun in letzterer Richtung das beiderseitige Gehör erschöpft, so gelangt der Richter je nach Gestalt der Sache entweder zu dem Resultate, daß die Intervention zuläſſig, oder, daß sie unzuläſſig, oder, daß noch ein Beweisverfahren einzuleiten sei.

In den beiden ersteren Fällen verbindet er das Erkenntniß mit demjenigen, welches er auf die seitherigen Verhandlungen in der Hauptsache zu ertheilen hat; in dem letzten Falle dagegen ist es offenbar zweckmäßig, unter Suspension des Hauptstreites, ein Beweisinterlokut über den Incidentpunkt zu ertheilen, das Beweisverfahren in unbestimmt summarischer Procedurform durchzuverhandeln und erst nachher die Entscheidung mit dem infolange ausgesetzten Erkenntnisse in der Hauptsache zu verbinden. Hierdurch wird der nutzlosen Vermehrung des Aktenstoffes genügend vorgebeugt und die raschere Entscheidung der Hauptsache selbst ermöglicht, z. B. ein umfangreiches Beweisverfahren über eine Einrede des Denuntiaten, welche nach erkannter Unzuläſſigkeit der Intervention abfällig würde, im Voraus abgeschnitten oder das Beweisverfahren über bestrittene Einreden des Denuntianten überflüſſig, wenn eine peremtorische Einrede des Denuntiaten eingestanden und dessen Intervention in Folge des abgesonderten Beweisverfahrens für zuläſſig zu erklären ist.

Gegen die Entscheidung des Richters über die Statthaftigkeit der Intervention stehen dem Litisdenuntianten oder seinem Gegner die entsprechenden Rechtsmittel zu Gebote.

## §. 19.

### Fortsetzung.

Daraus, daß alles Vorbringen des Denuntiaten einem solchen des Denuntianten gleich zu achten ist, folgt in Anwendung des Eventualprincips für die Leitung des Processes die Regel, daß, solange der Denuntiat an demselben Theil nimmt, diesem und dem Denuntianten die nämlichen Fristen oder Termine zur Vornahme der nämlichen Proceßhandlungen anzuberaumen sind[93]) und daß dem Gegner in gleicher Weise die Vertheidigung wider Beide aufzuerlegen ist.

Aus jener Auffassung der denuntiatischen Proceßhandlungen und aus dem weiteren Grundsatze, daß der Litisdenuntiant vor wie nach dem Gegner gegenüber als diejenige Person erscheint, nach welcher der Proceßgang sich zu richten hat und das materielle Vorbringen zu bemessen ist, ergeben sich sodann für die processualische Beurtheilung der Handlungen des Denuntianten und des Denuntiaten in den einzelnen Stadien des Rechtsstreites folgende Regeln.

### I. Erstes Verfahren.

1) Hat in der Exceptionalhandlung nur der Denuntiat formelle Einreden mit oder ohne proceßhindernde Kraft oder andere Einreden dieser Art als der Denuntiant vorgeschützt, so müssen jene so behandelt werden, als habe ihnen der Letztere in seiner Handlung den ihnen gebührenden Platz angewiesen, und demgemäß haben sie ihren Einfluß auf den Fortgang des Rechtsstreites zu äußern.

---

93) Dieß war auch die Praxis des Reichskammergerichts bei allen accessorischen Interventionen, vgl. *Gaill* Obs. I, 71. n. 20.

2) Was sodann die beiderseitige Klagbeantwortung anbelangt, so hat der Richter zu prüfen, ob nicht bei verschiedenem Inhalte das beiderseitige Vorbringen sich combiniren, also das Eine als Ergänzung, Verbesserung oder Erläuterung des Andern sich betrachten lasse. Ist ein unlösbarer Widerspruch in wesentlichen Punkten vorhanden, so entscheidet lediglich die Erklärung des Denuntianten als der Hauptperson. Hiernach wird z. B. eine von dem Letzteren eingestandene, vom Denuntiaten dagegen abgeleugnete Klagthatsache nicht Gegenstand eines Beweisverfahrens, während im umgekehrten Falle dem Kläger Beweis aufzuerlegen ist.

3) Hat der Denuntiat materielle (dilatorische oder peremtorische) Einreden vorgeschützt, so sind auch diese so zu behandeln, wie wenn sie in eventueller Reihenfolge vom Denuntianten seiner Litiscontestation angehängt worden wären.

Haben Beide ein und die nämliche Einrede vorgeschützt, und es ist bei vorhandenem Widerspruche in wesentlichen Punkten der thatsächlichen Begründung ein Nebeneinanderbestehen mindestens in eventueller Anknüpfung undenkbar, so gebührt auch hier der Darstellung des Denuntianten der Vorzug.

4) Hat der Denuntiat allein gehandelt, der Denuntiant dagegen nicht, so kommt für Letzteren dennoch die Thätigkeit des Ersteren in Betracht[94]).

5) Die nämlichen Grundsätze gelten für die Vornahme der Replik- oder Duplikhandlung.

6) Ist Beweis Seitens des Denuntiaten anticipirt, so wirkt die Anticipation gleich einer solchen des Denuntianten selber.

### II. Beweisverfahren.

Hier kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung, und zwar im Einzelnen folgendergestalt.

1) Wird vom Denuntianten und Denuntiaten ein Beweis, sei dieß ein Haupt- oder ein Gegenbeweis, angetreten,

---

94) Vgl. oben §. 11. S. 93.

so werden die zum nämlichen Thema in Vorschlag gebrachteu Beweismittel derselben Gattung combinirt. Hat der Denuntiat Beweismittel anderer Art benutzt, so wird davon in der ihnen den denuntiantischen Beweismitteln gegenüber gebührenden Aufeinanderfolge Gebrauch gemacht, so daß also z. B. für seine Zeugen vor dem vom Denuntianten ausschließlich deferirten Schiedseide das Realproduktionsverfahren eröffnet wird, während der vom Denuntiaten deferirte Schiedseid nur eventuell in Betracht kommt, wenn der Denuntiant andere Beweismittel (Zeugen oder Urkunden) zur Hand genommen hat.

2) Sind die beiderseitigen Erklärungen auf den gegnerischen Beweisantritt von einander abweichend, so werden dieselben wo möglich combinirt. Deßhalb wird, wenn z. B. der Denuntiant den ihm zugeschobenen Eid einfach angenommen oder zurückgeschoben, der Denuntiat dagegen vom Beweise zur Gewissensvertretung Gebrauch gemacht hat, Jenes als nnr eventuell geschehen behandelt, und es kommt zunächst zum Verfahren über den Beweis zur Gewissensvertretung, wogegen nach völligem Mißlingen dieses Beweises die bereits erfolgte Disposition des Denuntianten über den Schiedseid maßgebend sein muß, ohne daß demselben in dieser Hinsicht eine Abänderung zu gestatten wäre.

Ist eine solche Combination unmöglich, dann hat die Erklärung des Denuntianten den Vorzug, z. B. wenn der Eine den deferirten Eid annimmt, der Andere ihn zurückschiebt.

3) Als Zeuge kann der Denuntiat weder vom Denuntianten noch vom Gegner benutzt werden, weil er wegen seines mittelbaren Interesses am Ausgange des Processes unzuläßig[95]) und noch dazu bereits auch formell als mitstreitender

95) **Fr. 10. de testibus 22, 5: Nullus idoneus testis in *re sua* intelligitur; c. 10. eod. 4, 20: Omnibus in *re propria* dicendi testimonii facultatem iura submoverunt.** Daß unter der **res sua** oder **propria** auch das mittelbare Interesse am Ausgange eines Processes zu verstehen sei, ergibt sich aus **fr. 1. § 11. quando appell. 49, 4: In propria causa biduum accipitur; propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est**

Theil thätig geworden ist oder nach erfolgter Litisdenuntiation diese Stelle noch später übernehmen (z. B. appelliren) kann.

4) Den Schiedseid kann der Gegner nur dem Litisdenuntianten, nicht auch dem Denuntiaten, zuschieben, weil nur jenem ein Dispositionsrecht über die Beendigung des Rechtsstreites zusteht und der Schiedseid eine solche Disposition enthält[96]), wie denn auch der Denuntiat nur Namens des Denuntianten die Eidesdelation vornehmen kann.

Dagegen kann nach einer weit verbreiteten Praxis der deferirende Gegner sowie der Litisdenuntiant als Acceptant oder Relat verlangen, daß statt des Letzteren der Litisdenuntiat den Eid ausschwöre, nämlich alsdann, wenn dieser in Bezug auf das vom Eidesthema berührte Rechtsverhältniß als Auktor, Cedent oder Mandatar des Denuntianten erscheint und anzunehmen ist, daß er von der Wahrheit des Eidessatzes eine bessere Kenntniß als dieser habe, den Eid also de veritate und nicht blos de credulitate leisten könne.[97]).

---

eam esse *propriam causam*, *cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet*, verglichen mit fr. 2. §. 1. eod. (Macer l. I de appellationibus), worin grade für Denjenigen, dem wegen seines Interesses am Ausgange des Rechtsstreites, cuius interest, die Appellation verstattet wird (wozu derselbe Jurist im nämlichen Werke auch den eviktionspflichtigen Verkäufer, also einen mittelbar Interessirten rechnet, fr. 4. §. 3. de appell. 47, 1) jenes biduum zur Appellationsanzeige vorgeschrieben wird, quia verum est, eum *suam causam* defendere. Deßhalb halte ich die Beschränkung der Unzulässigkeit des Zeugen auf den Fall unmittelbaren Interesses, eine Ansicht, welche z. B. Linde Lehrb. §. 258. n. 14. und Schmid l. c. II p. 238 theilen, für unrichtig. Vgl. *Hommel* Rhaps. obs. 211 und v. Reinhardt Handbuch I §. 165. Aus dem obigen Grunde hält auch schon *Pillius* de ord. iud. P. 3. §. 8. p. 63 (ed. Bergmann) mit Bezugnahme auf das fr. 1. §. 11. cit. den eviktionspflichtigen Verkäufer für einen unzulässigen Zeugen.

96) Fr. 2. 26. §. 2. 35. §. 1. de iurei. 12, 2; fr. 21. de dolo 4, 3.

97) Diese Praxis, welcher der Zweck möglichster Feststellung der materiellen Wahrheit zu Grunde liegt und deren innere Rechtfertigung in c. 2. §. 2. de iurei. propter cal. dando 2, 59 eine Stütze findet, bekunden *Wernher* Obs. I, obs. 338; *Pufendorf* Obs. iur. univ. I, obs. 181; *Leyser* Med. Sp. 136, m. 4. 201, m. 5; Strube Rechtl. Bed. IV, n. 34; Bayer Vortr. p. 510; Arnold Ueber

In einem solchen Falle wird dem Litisdenuntianten vom Richter aufgegeben, den Litisdenuntiaten zur Ableistung des Eides zu sistiren, nicht aber eine derartige Auflage direkt an den Denuntiaten erlassen, wie auch, falls der Letztere nicht intervenirt hätte, eine Adcitation, dieß den Grundregeln des Processes widersprechende Gebilde der älteren Theorie und Praxis, unzulässig ist[98].

Die Ableistung oder Verweigerung des Eides Seitens des Denuntiaten hat alsdann die nämlichen Wirkungen, wie wenn der Denuntiant selbst den Eid ausgeschworen oder recusirt hätte.

### III. Rechtsmittel.

Die Litisdenuntiation als eine Aufforderung des einen Streittheils zum Beistande involvirt ihrem Begriffe und Zwecke nach auch die Einwilligung desselben darein, daß der Angerufene sich der von dem Proceßrechte gebotenen Mittel bedienen dürfe, welche auf Beseitigung ungünstiger richterlicher Entscheidungen im Rechtsstreite abzielen, also der Rechtsmittel im engeren und eigentlichen Sinne.

Der Litisdenuntiat kann sich dieser Rechtsmittel demnach bedienen, ohne daß er dazu noch einer besonderen Zustimmung des Litisdenuntianten bedürfte. Vielmehr genügt zu seiner deßhalbigen processualischen Legitimation, daß ihm vorher der Streit von demselben verkündigt worden ist, er mag nun vorher bereits dem Processe beigetreten sein oder nicht[99].

---

Eidesleistung durch Stellvertreter §. 68 sq. Vgl. noch für das Gebiet des Sächsischen Processes die erläuterte Proceß- und Gerichtsordnung vom 10 Januar 1724 Tit. XVIII §. 6 und *Berger* Occ. iur. IV, 25, 10. n. 3. und für Kurhessen *Duysing* Dec. Cassell. III dec. 54 (wie denn auch eine Reihe mir bekannt gewordener Oberappellationsgerichtsentscheidungen bis in die neuste Zeit jene Praxis anerkannt hat).

98) Vgl Brauer im A. f. c. Pr. 23. p. 343 sq.; insb. p. 368. Auch das Oberappellationsgericht zu Cassel hat sich gegen eine solche Adcitation und für die Auflage, den Schwurpflichtigen zu sistiren, ausgesprochen.

99) Vgl. oben §. 16. Note 73. Heffter l. c. n. 38 scheint die Be-

Ausdrücklich wird auch den dritten Personen, welche ein Interesse am Ausgange des Rechtsstreites haben, die Appellationsbefugniß in unseren Quellen eingeräumt[100].

Die hauptsächlich einschlagenden Stellen, welche noch zu einer besonderen Erörterung Anlaß geben, sind folgende:

*Fr. 1. §. 2—3 de appell. 49, 1* (*Macer* l. I de Appellationibus): Alio condemnato is, cuius interest, appellare potest, qualis est, qui per procuratorem expertus victus est; nec procurator suo nomine appellet. (§. 3) Item si emtor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit; aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emtori appellandi facultas; quid enim si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? Quin etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emtori committenda est atque si ipse appellasset.

*Fr. 5. pr. eod.* (*Marcianus* l. I de Appellationibus): A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex iusta causa, veluti si quis in coheredum praeiudicium se condemnari patitur, vel similem ob causam, quamvis et sine appellatione tutus est coheres; item fideiussores pro eo, pro quo intervenerunt. Igitur et venditoris fideiussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant.

*Fr. 2. §. 1. quando appell. 49, 4* (*Macer* l. I de Appellationibus): Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est, cuius interest, an etiam

---

rechtigung auch von einer bereits vorausgegangenen Intervention abhängig zu machen, wofür keine inneren Gründe vorhanden sind und das von ihm citirte fr. 4. §. 3. de app. 49, 1 keinen Beleg abgibt.

100) Auf der Unterstellung der Befugniß des vom Streite benachrichtigten Auktors zu appelliren, beruht die Entscheidung in fr. 63. §. 1. de evict. 21, 2. Vgl. auch c. 20. cod. 8, 45.

tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est, secunda die appellare eum debere, quia verum est, eum suam causam defendere. Contrarium ei est, si dicat, idcirco sibi licere intra triduum appellare, *quia videtur quasi alieno nomine appellare*, quando, si velit causam *suam* alienam videri, semet ipsum excludit, *quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non licet*.

Zuvörderst ist einigen möglichen Mißdeutungen dieser Stellen hinsichtlich der Voraussetzungen der Appellationsbefugniß für den Litisdenuntiaten zu begegnen.

Macer knüpft die Berechtigung zur Appellation für dritte Personen lediglich an das Vorhandensein eines Interesses am Ausgange des Rechtsstreites[101]), ohne der vorgängigen Litisdenuntiation zu erwähnen, ja es zählt Marcian zu diesen Personen auch den Bürgen des eviktionspflichtigen Verkäufers, welchem der Käufer den Streit zu verkündigen nicht verpflichtet ist[102]).

Man könnte deßhalb annehmen, daß der Regreßpflichtige auch ohne vorgängige Litisdenuntiation appelliren dürfe. Dieß wäre jedoch entschieden unrichtig. Beide Juristen wollten in den vorerwähnten Stellen nur die Personen aufzählen, die in fremden Processen appelliren dürfen, brauchten sich deßhalb um die speciellen Gründe, aus denen sich diese Befugniß herleitet, und die specielle Erörterung aller Bedingungen dieser Intervention nicht zu kümmern.

So führt Marcian unmittelbar nachher (§. 1—2) auch die Legatare in gleicher Linie auf, welche eine ganz unabhängige Stellung dem Interventen gegenüber im Processe einnehmen.

Dem Bürgen des Verkäufers muß allerdings nicht der Streit verkündigt werden, wohl aber dem Verkäufer, und nur unter dieser Voraussetzung hat die actio ex sti-

---

101) Ebenso Ulpian in fr. 1. pr. de appell. rec. 49, 5.

102) C. 7. h. t. 8, 45. Vgl. oben §. 8. Note 125.

pulatu pro evictione gegen Jenen wirksamen Erfolg. Ist dem Auktor der Streit nicht verkündigt, so kann das Erkenntniß auch gegen den Bürgen nicht zur Geltendmachung des Eviktionsanspruchs benutzt werden, der Ausgang des Processes berührt ihn also in keiner Weise und dieser ist für ihn nicht eine propria causa, cuius damnum ad eum *suo nomine* pertinet [103]), sondern eine aliena, in welcher Dritten die Appellationsbefugniß grade von Macer in fr. 2. §. 1. quando app. abgesprochen wird.

Ganz anders verhält es sich bei den Legataren. Diese sind ohne Rücksicht auf eine Aufforderung zur Theilnahme am Rechtsstreite, welche das Römische Recht hier gar nicht kennt, an das die Ungültigkeit des Testaments im Rechtsstreite zwischen dem Testaments- und Intestaterben aussprechende Erkenntniß gebunden, falls es weder in contumaciam gefällt ist noch eine Collusion stattgefunden hat [104]).

Dafür ist den Legataren auch zur Wahrung ihres Interesses eine Interventionsbefugniß eingeräumt, welche weder durch eine deßhalbige Aufforderung des Testamentserben bedingt noch von dessen fortdauernder Einwilligung in die Beistandsleistung abhängig ist.

Wenn in dem fr. 5 pr. noch im Allgemeinen der fideiussores Erwähnung geschieht, welche für den Principalschuldner appelliren können, so darf dieß nicht dahin verstanden werden, daß der Bürge im Processe des Gläubigers gegen den Schuldner über die Hauptschuld für den Letzteren interveniren und appelliren dürfe; denn nach klassischem Rechte zur Zeit Marcian's war durch die Litiscontestation im Processe gegen den Schuldner die ganze Correalobligation in iudicium deducirt, somit der Bürge gegen eine Klage des Gläubigers durch eine exceptio rei in iudicium deductae oder rei iudicatae gesichert [105]).

---

103) Fr. 1. §. 11. quando app. 49, 4.

104) Fr. 3. pr. de pign. 20, 1; fr. 50. §. 1. de leg. 1; fr. 14. §. 1. de app. 49, 1; fr. 17. §. 1. de inoff. test. 5, 2.

105) Vgl. Paulus Rec. Sent. II, 17. §. 16; Keller Litisc. §. 52;

Es fehlte ihm also ein jedes Interesse an dem Ausgange jenes Processes, der für ihn eine causa aliena und in dem folgeweise ihm auch die Appellationsbefugniß nicht verstattet war. Aber auch nach Justinianeischem Rechte, demgemäß erst die wirkliche Befriedigung des Gläubigers den Bürgen liberirt[106]), hat dieser dennoch kein Interesse an jenem Rechtsstreite, weil ihn das Erkenntniß als res inter alios iudicata nicht bindet. Es müssen deßhalb unter jenen fideiussores, wie auch die alsbald folgende Anwendung des Satzes zeigt, solche verstanden werden, welche für einen beim Ausgange des Rechtsstreites interessirten Schuldner sich verbürgt haben und deßhalb dem Gläubiger desselben assistiren.

Weiter könnte man sich durch die Worte *eo cessante* im fr. 4. §. 3. cit. und *licet emtor et venditor acquiescant* im fr. 5 pr. cit. zu der Annahme bestimmen lassen, es könne der Litisdenuntiat nur dann appelliren, wenn der Denuntiant dieß unterlasse. Eine solche Auslegung wäre jedoch gewiß unrichtig. In beiden Stellen ist die erwähnte Unthätigkeit der Hauptparthei nicht als eine Bedingung der Appellationsbefugniß, sondern als Motiv für die Benutzung derselben Seitens des eviktionspflichtigen Verkäufers oder seines Bürgen zu betrachten, wie umgekehrt im fr. 4. §. 2. cit. und in fr. 2. an per alium 49, 9 (einer Stelle desselben Juristen aus dem nämlichen Werke) die Unthätigkeit des Prokurators den Anlaß für den Principal zum Gebrauche der ihm in seinem Processe zweifellos[107]) zustehenden Appellationsbefugniß abgibt. Es ließe sich auch in der That kein genügender Grund dafür denken, dem Denuntiaten in der ersten Instanz ein Handeln neben dem Denuntianten, ein adesse causae, zu gestatten, in der zweiten Instanz dagegen ihm dieß zu versagen.

---

Ribbentrop Correalobl. §. 28; Savigny Obl. I. §. 19; Vangerow Lehrb. I, §. 160. p. 277. §. 173. p. 324. III, §. 573. p. 93.

106) C. 28. de fideiuss. 8, 41.

107) Vgl. z. B. fr. 28, §. 2. de app. 49, 1; c. 10. de appell. 7, 62.

Ich wende mich nunmehr zur Erörterung des Appellationsverfahrens selbst, wie sich dasselbe der processualischen Stellung des Litisdenuntiaten gemäß gestaltet.

Daß derselbe beim Gebrauche der Appellation, wie jedes anderen Rechtsmittels, an die fortwährende Zustimmung des Denuntianten zur Beistandsleistung gebunden ist, versteht sich von selbst.

Er übt diese Befugniß im eigenen Interesse zum Vortheile und in dem, durch die Litisdenuntiation stillschweigend ertheilten, Auftrage des Denuntianten aus, ohne Rücksicht darauf, ob dieser mithandelt oder nicht. Dieß ergibt sich noch insbesondere daraus, daß der Denuntiant, auch wenn er nicht appellirt hatte, den Denuntiaten in der Appellationsinstanz verdrängen, jenen Auftrag also zurückziehen und selbst forthandeln kann, aus Gründen, welche dem Principal die Beseitigung des bestellten Procurators erlauben [108]).

Die Betheiligung des Denuntiaten am Rechtsstreite in zweiter Instanz kann ebenso wie in erster Instanz in einer der drei oben (§. 17, 2) erörterten Formen erfolgen [109]).

Will der Denuntiat vom Rechtsmittel wirksamen Gebrauch machen, so muß er alle vorgeschriebenen Formalien wahren, z. B. die Appellation innerhalb der 10 tägigen Nothfrist anzeigen [110]).

Eine interessante Frage kann in dem Falle zur Sprache kommen, wenn der Denuntiant und der Denuntiat in erster Instanz abgesondert neben einander gehandelt haben und in gleicher Weise appelliren wollen, ob nämlich Beide die Formalien in erster Instanz wahren müssen, oder ob die deßhalbige Hand-

---

108) Vgl. die Schlußworte des fr. 4. §. 3. de appell. 49, 1. mit fr. 19. de proc. 3, 3.

109) Vgl. z. B. fr. 1. §. 12. 2. §. 1. quando app. 49, 4.

110) Vgl. die in der vorigen Note citirten Stellen, nach welchen der Intervenient wegen der vorwiegenden Rücksicht auf das, ihn zum Gebrauche des Rechtsmittels befähigende, eigene Interesse das zur Zeit der klassischen Jurisprudenz vorgeschriebene *biduum* **interpositionis** einzuhalten hatte.

lung des Einen dem Andern zu Gute kommt. Letzteres halte ich für das Richtige. Die Handlungen des Denuntiaten gelten in beiden Instanzen als im Auftrage des Denuntianten gleich wie von diesem selbst vorgenommen, so daß der Denuntiant für sich z. B. die Appellationsinterposition des Denuntiaten und deren Wirkung benutzen kann [111]), wogegen Letzterer nach der Regel, daß er in jeder Lage des Processes die dem Ersteren offen stehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel gebrauchen darf, auch die Appellation einführen darf, wenn der Andere die vorangehenden Formalien gehörig gewahrt hat.

Das Verfahren vor dem Oberrichter kann sich nun verschiedenartig gestalten. Besondere Erwähnung verdienen folgende Fälle:

a) Hat der Gegner allein von dem Rechtsmittel der Appellation Gebrauch gemacht, so wird der Appellationslibell, wenn vollständige Processe erkannt werden, dem Hauptstreittheile als dem Appellaten und dem Litisdenuntiaten zur Vernehmlassung (dem Ersteren mittelst arktatorischen, dem Letzteren mittelst monitorischen Dekrets) mitgetheilt. Die Vernehmlassung des Denuntiaten, der von allen Befugnissen des Appellaten Gebrauch machen kann, gilt als wie vom Letzteren selbst erstattet. Für die Beurtheilung derselben im Verhältniß zur Exceptionsschrift des Hauptappellaten und für die etwa erforderliche weitere Verhandlung in dieser Instanz gelten ganz die oben unter I und II erörterten Grundsätze.

b) Haben dagegen der Denuntiant und der Denuntiat abgesondert die Appellation introducirt und justificirt, so werden beide Schriften, falls für beide vollständige Processe

---

111) **Arg. fr. 1. pr. de app. rec. vel non 45. 5: Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest,** ***vel quibus mandatum est*** **vel qui negotium alienum gerunt, quod mox ratum habetur.** In der Litisdenuntiation ist der Auftrag enthalten, zum Obsiege mitzuwirken, und die Wahrung von Formalien ist die Bedingung für die Erwirkung einer günstigen reformatorischen Sentenz. Vgl. auch **c. 9. de app. 7, 62.**

erkannt werden, dem Appellaten zur Vernehmlassung zugefertigt, und es hat der Oberrichter so früh als möglich auf gleichzeitige Fortleitung des weiteren Verfahrens hinzuwirken. Auch sind die Verhandlungen formell in einem und dem nämlichen Aktenfascikel zu vereinigen.

Auch hier sind die Grundsätze unter I und II für das weitere Verfahren maßgebend und ein Erkenntniß entscheidet demnächst über die von Beiden aufgestellten Beschwerden.

c) Hat der Litisdenuntiant allein Beschwerden introducirt und justificirt, dann wird das Appellationsverfahren lediglich zwischen diesem und dem Gegner verhandelt, indem anzunehmen ist, der Litisdenuntiant wolle sich nicht an demselben betheiligen, sondern die Fortführung des Processes in der höheren Instanz dem Denuntiaten überlassen[112]).

Auch hier ist der Denuntiat nur zur Geltendmachung solcher Beschwerden befugt, die der Denuntiant hätte aufstellen können, und das Erkenntniß des Oberrichters wirkt zu Gunsten des unthätig gebliebenen Denuntianten.

Besagt dieß auch keine Gesetzesstelle direkt, so folgt es doch evident daraus, daß der Denuntiat als im stillschweigenden Auftrage der Hauptparthei handelnd zu betrachten ist, und daß der Prokurator, wenn er von der ihm zustehenden Appellationsbefugniß[113]) Gebrauch macht, Namens seines Mandanten das günstige Erkenntniß erwirkt uud diesem daraus eine actio iudicati oder eine exceptio rei iudicatae verschafft.

Wie von den ordentlichen Rechtsmitteln (Appellation, Revision und Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeiten) so kann der Denuntiat auch von den außerordentlichen (Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit und restitutio in integrum) Gebrauch machen.

Was insbesondere die Beschwerde wegen unheil-

---

112) Fr. 4. §. 3. de appell. 49, 1: Item si emtor de proprietate victus sit, *eo cessante* procurator appellare poterit.

113) Vgl. fr. 1, pr. de app. rec. 49, 5.

barer Nichtigkeit anlangt, so muß der denuntiirte Auktor heut zu Tage davon in seinem eigenen Interesse im Hauptprocesse Gebrauch machen, indem für das jetzige Verfahren die römischrechtlichen Grundsätze in der Praxis nicht mehr durchgängig gelten.

Nach Römischem Rechte galt die nichtige Sentenz für nicht gegeben, der lädirte Kläger erhob nochmals die frühere Klage und oponirte der exceptio rei iudicatae die replica nullitatis, der lädirte Verklagte dagegen opponirte der actio iudicati die exceptio nullitatis, so daß die Nullität im nachherigen Streite als Incidentpunkt zur Verhandlung und Entscheidung kam [114].

Wegen dieser gänzlichen Wirkungslosigkeit einer nichtigen Sentenz konnte der Auktor, wenn ihm im Hauptprocesse der Streit verkündigt, darauf eine nichtige Sentenz erlassen war und nunmehr der Successor, auf diese gestützt, seine Eviktionsklage anstellte, im Regreßstreite die Nullität exceptionsweise geltend machen und zur Entscheidung bringen und solchergestalt den Anspruch des Successors abwehren, der ein solches nichtiges Erkenntniß zu befolgen nicht nöthig gehabt hätte [115].

Jene Befugniß des Denuntiaten, auf die Nichtigkeit erst im späteren Regreßstreite zu recurriren, ist nach jetzigem Proceßrechte weggefallen; denn hiernach ist die Geltendmachung von Nullitätsgründen nur in einem Processe zwischen den nämlichen Partheien möglich, es mag nun dieselbe in einem abgeson=

---

114) Fr. 19. de app. 49. 1; fr. 75 de iud. 5, 1; Tit. D quae sent. sine appell. 49, 8; c. 4. de sent. et interloc. 7, 45.

115) Vgl. fr. 51. pr. de ev. 21. 2; c. 8. 15. eod. 8, 45. Die hier erwähnte *iniuria*, *imprudentia aut error* iudicis sind gewiß nur von gesetzwidrigen Erkenntnissen zu verstehen, si sententia contra iuris rigorem, contra leges, Senatusconsulta vel constitutiones prolatae sunt (fr. 19. de appell. 49, 1; fr. 1. §. 2. quae sent. 49, 8; fr. 32. de re iud. 42, 1). Andere als nichtige Urtheile (sententiae iniustae, wozu die contra ius in hypothesi gehören) konnten nur durch Appellation, mußten also im nämlichen Verfahren beseitigt werden (fr. 1. §. 2 und 32 citt.), und grade deßhalb steht dem Litisdenuntiaten die Appellationsbefugniß zu. Ein Erkenntniß der letzteren Art liegt der Entscheidung Modestin's in fr. 63 §. 1. de evict. 21, 2 zu Grunde.

derten Processe in Form einer exceptio oder replica nullitatis, was der Theorie nach fortwährend für zulässig zu halten ist [116]), oder im ursprünglichen Processe nach der Praxis in der Gestalt eines förmlichen Rechtsmittels beim nämlichen oder beim höheren Richter erfolgen [117]), welche Procedurform in der Praxis die häufigere, ja in vielen Ländern die ausschließliche ist [118]).

Auch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann der Denuntiat nachsuchen; denn es trifft, weil er nur im eigenen Interesse dem Denuntianten beisteht, der eingetretene Nachtheil nicht bloß diesen, sondern mittelbar auch ihn selbst. Wäre z. B. vom Auktor im Eviktionsprocesse eine peremtorische Einrede versäumt und deßhalb der Proceß verloren worden, so würde er demnächst die Eviktion zu prästiren haben.

Von dieser Befugniß kann er indessen nur alsdann Gebrauch machen, wenn der Restitutionsgrund in seiner Person vorhanden, z. B. er selbst minderjährig ist, oder er selbst neue Einreden oder Beweismittel nachträglich entdeckt hat, und alsdann schadet es nichts, daß dieser Restitutionsgrund für den Denuntianten nicht vorhanden sein würde, z. B. wenn dieser volljährig ist [119]).

Dagegen kann er um eine in der Person des Denuntianten begründete Restitution weder für diesen noch für sich selber nachsuchen, z. B. sich nicht auf die Minderjährigkeit desselben für seine eigene Versäumniß berufen. Zur Einbringung eines solchen Restitutionsgesuches würde er eines speciellen Auftrags des Litisdenuntianten bedürfen, ohne welchen der eigene

---

116) Linde §. 420; Bayer l. c. p. 680; Schmid l. c. III, p. 527, n. 23.

117) Vgl. die in der vorigen Note Citirten und *Gaill* Obs. I, c. 127, n. 6; *Stryk* Introd. ad proc. c. 23, §. 26; *Berger* Oec. iur. IV, 28, 10, n. 2.

118) Z. B. in Kurhessen, vgl. Strippelmann Präjud. des O. A. G. IV, 2, p. 298. und Heuser Annalen I, p. 453.

119) Arg. fr. 24. pr. de min. 4, 4: Si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit, restituendus est, ne maiori damnum accidat.

Prokurator desselben sich dieses Rechtsmittels nicht bedienen könnte. Erhält er vom Denuntianten ein solches specielles Mandat, so sucht er lediglich für diesen um eine in dessen Person begründete Restitution nach[120].

Kommt bei dem Restitutionsgesuche des Denuntiaten der Restitutionseid in Betracht, so hat dieser sich zu demselben zu erbieten und ihn abzuleisten[121].

Hat der Denuntiat wegen neuen Vorbringens um Restitution gebeten, so hat neben demselben auch der Denuntiant den Restitutionseid zu leisten; denn auch für diesen, die Hauptparthei, muß dieß Vorbringen, das zu seinen Gunsten wirken soll, ein neues sein, und es darf, falls der Denuntiant um dieß Vorbringen früher gewußt, dessen rechtzeitige Benutzung aber schuldvoller Weise unterlassen hätte, die nachtheilige Folge dieses Verschuldens für die Hauptparthei nicht dadurch reparirt werden, daß die Nebenparthei schuldlos an einer gleichen Versäumniß gewesen ist. In einem solchen Falle würde es dieser letzteren auch an der Grundbedingung der Restitution, am Vorhandensein einer Verletzung fehlen, da sie später im Regreßstreite sich auf jenes Verschulden des Denuntianten berufen könnte[122].

## §. 20.

### Kostenpunkt.

Gegenstand der Erörterung kann hier nicht die bestrittene Frage sein, unter welchen Voraussetzungen der Regreßpflichtige

120) **Fr. 25. §. 1. de min. 4, 4: Si talis interveniat iuvenis, cui praestanda sit restitutio, *ipso postulante* praestari debet, aut *procuratori eius, cui id ipsum nominatim mandatum sit* Qui vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri.**

121) **Arg. c. 2. §. 2 de iurei. propter cal. dando 2, 59.**

122) **Arg. fr. 54. pr. de ev. 21, 2** und **c. 19. eod. 8. 45.** Nach diesen Stellen hört die Eviktionspflicht des Verkäufers mit eingetretener Usucapion des Käufers auf; denn beruft dieser sich hierauf im Eviktionsprocesse, so erfolgt Klagabweisung, unterläßt er es, so opponirt der Verkäufer im Regreßstreite die **exceptio propriae culpae.**

dem Regreßberechtigten die dem letzteren im Hauptstreite erwachsenen Kosten zu ersetzen habe [123]), sondern lediglich die Frage, in welcher Weise eine Verurtheilung zum Ersatze der Kosten im Hauptstreite selbst bei stattgehabter Litisdenuntiation eintreten müsse.

Hier dürfte in folgender Weise zu verfahren sein.

Bleibt der Denuntiat auf das monitorische, ihm die Assistenz frei stellende Dekret ganz aus, so kann von einer Verurtheilung desselben zur Erstattung irgendwelcher Kosten des Hauptstreites keine Rede sein; denn es lag ihm nicht die Verbindlichkeit ob, sich an diesem Processe zu betheiligen und er ist demselben gänzlich fremd geblieben.

Erscheint er und bestreitet irgendwie seine Beistandsverbindlichkeit, so ist er, da er auch im Falle deren Vorhandenseins gänzlich ausbleiben konnte, dem Denuntianten gegenüber zum Ersatze der diesem etwa besonders erwachsenen Kosten (was übrigens bei richtiger Proceßdirektion nicht eintreten kann, da ein contradiktorisches Verfahren zwischen dem Denuntianten und Denuntiaten in diesem Falle nicht stattzufinden hat und das zu ertheilende Dekret [124]) mit dem nächsten proceßleitenden Dekrete in der Hauptsache verbunden werden kann) zu verurtheilen.

Nimmt der Denuntiat dagegen am Hauptprocesse Theil, so entscheidet die Form dieser Betheiligung und der Ausgang desselben über die Kostenersatzpflicht.

Bestellt der Denuntiant den Denuntiaten zum Prokurator, so wird, da der Letztere keine abgesonderte Rolle im Processe neben dem Ersteren spielt, mit der Kostenverurtheilung grade so verfahren, wie wenn nur die Hauptpartheien einander gegenüber ständen.

Litigiren dagegen Beide neben einander und es gewinnt der Gegner den Proceß, so ist Jeder von ihnen zum Ersatze der ihm gegenüber dem Gegner erwachsenen Kosten zu verurtheilen.

123) Vgl. Glück l. c. p. 382 sq. und die daselbst Citirten.
124) Vgl. oben §. 17, II, 1.

Verliert dagegen der Gegner den Proceß, so ist er ohne allen Zweifel zur Erstattung der dem Denuntianten verursachten Kosten zu condemniren. Ein Gleiches ist aber auch dem Denuntiaten gegenüber anzunehmen; denn da die Praxis in allen Regreßfällen die Litisdenuntiation und die Intervention des Regreßpflichtigen für zulässig erklärt hat, so haben der Denuntiant und der Denuntiat ein ihnen verstattetes Recht ausgeübt, wozu der grundlose Angriff des Gegners die Veranlassung gegeben hat.

Macht der Denuntiat allein von einem Rechtsmittel Gebrauch, so ist, da er formell allein mit dem Gegner streitet, je nach dem Erfolge des Rechtsmittels Einer dem Andern gegenüber (also nicht etwa der unthätig gebliebene Denuntiant) zum Kostenersatze zu condemniren.

Uebrigens kommen auch im Falle der Intervention des Denuntiaten die allgemeinen Grundsätze über Proceßkosten in Anwendung. So sind z. B. von der Ersatzpflicht alle nicht nothwendigen oder durch eigene Schuld des Gegners veranlaßten Kosten ausgenommen, und ebenso ist in den dazu von Gesetz und Praxis gebilligten Fällen[125]) eine Kostenvergleichung auszusprechen.

---

125) C. 5. de fr. et lit. exp. 7, 51 (restituirt); Nov. 82. c. 10; Bis. A. 1713. §. 82. — *Brunnemann* Proc. civ. c. 28. n. 78; *Wernher* Obs. T. I, P. III, obs. 13; *Leyser* Med. II sp. 88. m. 3; Pütter Auserles. Rechtsf. I, 110; Pfeiffer Prakt. Ausf. V, p. 87. VIII, p. 463; Strippelmann l. c. IV, 2, p. 276—277. — Heffter l. c. §. 278; Linde l. c. §. 119. n. 7; Bayer l. c. p. 71; Schmid l. c. I, §. 70.